Publizitäts-Prinzip

und

Pfändungs-Pfandgläubiger

in

Bayern r./R.

von

Stephan Krauss.

(Mit einem Anhang betr. die Beantwortung der Frage nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.)

Der juristischen Fakultät der k. b. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen vorgelegt.

München 1895.
Druck von Carl Aug. Seyfried & Comp., München.

Publizitäts-Prinzip

und

Pfändungs-Pfandgläubiger

in

Bayern r./R.

von

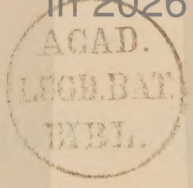
Stephan Krauss.

(Mit einem Anhang betr. die Beantwortung der Frage nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.)

Der juristischen Fakultät der k. b. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen vorgelegt.

München 1895.
Druck von Carl Aug. Seyfried & Comp., München.

Digitized by the Internet Archive
in 2026



https://archive.org/details/IA41535724_0011

Einleitung.

Die Frage, ob der Pfändungspfandgläubiger sich auf die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches berufen könne, ob also der, welcher eine im Hypothekenbuch für seinen Schuldner eingetragene Forderung pfänden lässt, sich des Schutzes des öffentlichen Glaubens dieses Buches erfreut auch in dem Falle, dass diese Forderung entgegen dem Vortrag im Hypothekenbuch dem dort als Inhaber derselben ausgewiesenen Schuldner des Pfändenden thatsächlich nicht mehr zusteht; diese Frage ist bei dem stetig zunehmenden Immobiliarverkehr von ebenso eminent praktischer Bedeutung als sie bestritten ist.

Die gegensätzlichen Meinungen hierüber, wie sie sich gerade für das bayerische Recht aufgestellt und mit Zähigkeit verteidigt finden, haben ihren Ursprung zweifellos einmal in dem hier notwendig stattfindenden Ineinandergreifen materiellrechtlicher und prozessualer Bestimmungen, nämlich der Bestimmungen einerseits des Hypothekenrechts und andrerseits der Prozessordnungen über die Pfändung von Forderungen; dann in dem Maasse von Bedeutung, welches von der einen und andren Seite dem Grundsatz der Oeffentlichkeit für alles, was, mittelbar oder unmittelbar, auf das Hypothekenwesen Bezug hat, beigemessen wird.

Einer Behandlung der eingangs gestellten Frage muss sohin naturgemäss eine Betrachtung des Publizitätsprinzips in seinem Wesen und seinen Wirkungen zu Grunde gelegt werden. Die Ergebnisse dieser Untersuchung bieten das Hauptmaterial für die richtige Antwort auf obige Frage.

Die hierdurch gegebene Abgrenzung des zu behandelnden Themas schliesst von selbst ein Eingehen auf das Wesen und die Natur der Hypothek und auf die hierüber bis in die neueste Zeit weitauseinander-

gehenden Theorien aus.[1]) Wo der Inhalt der Hypothek in Betracht kommt, wird die herrschende Lehre, welche die Hypothek als dingliches Recht bezeichnet, zu Grunde gelegt werden, um so mehr, als nicht nur das bayerische Hypothekengesetz den Satz von der dinglichen Natur der Hypothek in klaren Worten an der Spitze trägt und durchführt[2]), sondern auch anderwärts im bayerischen Recht diese Auffassung angenommen ist[3]), wie sie übrigens auch für das kommende bürgerliche Gesetzbuch adoptiert ist.[4])

---

1) Die Theorien: von der dinglichen Natur (herrschende Lehre) Dernburg Exner, Roth, Förster-Eccius;
von der Hyp. als Realobligation (Meibom, Regelsberger, Sohm);
von der Hyp. als zusammengesetztem Recht: zusammengesetzt aus teils obligatorischen, teils dinglichen Elementen (Stobbe);
sind in einem Aufsatz von Sohm in Grünhuts Zeitschrift f. Privat- u. öff. R. Bd. V S. 1 ff. „Ueber Natur und Geschichte der modernen Hyp." kritisch behandelt.

2) Hyp.-Ges. § 1, § 49, § 54, Gönner hiezu.

3) s. Roth, bayer. Civ.-R. II § 181 S. 383 u. 404 vgl. übrigens Zwangsenteignungsgesetz v. 1837 Art. XI.

4) § 1062; 1075 Not. Zeitung 1892 S. 103.

I Der Grundsatz der Oeffentlichkeit.

Der Grundsatz der Oeffentlichkeit ist „die Hauptsäule des modernen Hyp.-Rechts;“[1]) das genaue Verständnis seines Wesens und die richtige Bestimmung seines Begriffes sind daher die unerlässliche Voraussetzung für die Beantwortung unsrer Frage.

Wie aber in allen den Fällen, wo das Wesen eines Instituts untersucht und verstanden werden will, das Zurückgehen auf den Ursprung, auf die Bedürfnisse, aus denen heraus ein Rechtsgrundsatz entstanden ist, notwendig wird, so kann auch hier nur eine Betrachtung der Entwicklungsgeschichte ein richtiges Bild von dem geben, was das Gesetz mit Einführung dieses Grundsatzes hat schaffen und abschaffen wollen.

Es erscheint sohin notwendig eine kurze Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung zunächst im Allgemeinen, dann speziell der für das bayr. R. als Vorläufer maassgebenden und schliesslich des bayr. Hyp.-R. selbst voranzustellen, wobei letzterem ein breiterer Raum zu gewähren ist, einmal weil es sich hier gerade um bayr. R. handelt, und um die Bedeutung des Oeffentlichkeitsprinzips *für* das bayr. und *nach* dem bayr. R., dann weil den einschlägigen Bestimmungen des bayr. Ges. der Vorwurf der Unverständlichkeit oder doch der mangelnden Klarheit gemacht wurde und sonach dieser Vorwurf in seiner Berechtigung oder Nichtberechtigung untersucht und gegebenen Falls die Erläuterung der fraglichen Gesetzesstellen aus der Geschichte ihrer Entstehung heraus am ehesten gegeben werden kann, endlich aber deshalb, weil die Verhandlungen über das „beste bayrische Gesetz“[2]) in ihrem Für und Wider hohes Interesse bieten.

---

1) Exner, das Publizitätsprinzip, Wien 1870 S. 3.

2) Dr. Ruland, Landtagsverhdl. 1869, Stenogr. Ber. Bd. 5 S. 120, Landtagsverhandlungen 1819 Bd. 13 S. 428.

A. Geschichtliche Entwicklung.

1. Im Allgemeinen.

§ 1. Als die der Natur und dem in den Anfängen liegenden Rechtsbewusstsein eines Volkes entsprechendste und damit ursprünglichste Art der Verpfändung muss die Uebergabe resp. Ueberlassung der zu belehnenden Sache an den Darleiher bezeichnet werden, ohne Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Gut.[1]) So allein, nämlich durch den Besitz, konnte einesteils die Verschuldung der Sache nach aussen hin kenntlich gemacht, andernteils die weitere Verpfändung und schliessliche Ueberschuldung zum Nachteil der Gläubiger hintangehalten werden.

Thatsächlich lässt sich auch diese Art der Verpfändung für die Entwicklungsstadien des Pfandrechts aller Kulturvölker nachweisen.

Dass in der Art der Ausführung dieser Verpfändung ein Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Gut zu Tage tritt, kann gegen den obigen Grundsatz nicht sprechen, liegt vielmehr ebenfalls in der Natur der Sache, sofern die Uebertragung dieser Güter aus ihrem Wesen heraus selbstverständlich einer völlig gleichen Behandlung sich widersetzt. Die Mobilien, die fahrende Habe, zur Uebertragung von Hand zu Hand geeignet, sind das Geld des Altertums, also unmittelbares Befriedigungsmittel; die liegenden Güter aber, an ihre Stelle gebunden, nicht transportabel und zudem nicht, wie Mobilien, der Höhe der Schuld nach abzuteilen, sind nach altem Recht nicht Verkehrs-, sondern nur Besitzobjekte, „nicht Träger von Tausch- und Vermögenswert, sondern von konkretem Gebrauchswert.“[2])

Die Grundstücke wurden deshalb — das war die einzige und natürliche Verpfändungsart — zu Nutzungsrecht übertragen.

Doch schon die Griechen sahen die Mängel dieser Verpfändung (antichresis) ein; die Mängel, dass ein hochwertiges Grundstück wegen einer im Verhältnis zu seinem Wert viel geringeren Schuldsumme vollhaften sollte, dass durch den Besitz des Gläubigers zu Nutzung eine mehrmalige Verpfändung bis zur Höhe seines Wertes und damit die Ausnützung des Grundes und Bodens ausgeschlossen war. Zur Abhilfe

---

1) v. Weber, „Ueber das bayr. Kredit- u. Schuldenwesen“ 1819 sagt § 7 „In dem Stande der Natur, wo der Stärkere aus Mangel des Richters die bestellte Hypothek nicht anerkennen würde, ist das Faustpfand die einzige Sicherheit.“ Vgl. ebenda § 27, Gönner Einl. § 10. Annot. z. Cod. iudic. bav. cap. 20 § 9 f. „das ius naturae weiss von Hypothequen nichts.“

2) Sohm bei Grünhut V S. 14.

hiefür konstruierten sie deshalb die Hypothek, eine Verpfändung ohne Besitzübergabe, bei welcher indessen die Belastung des Grundstücks[3]) statt wie bei der Antichresis durch den Besitz dadurch nach aussen kenntlich gemacht wurde, dass auf dem Grundstück eine Tafel mit Angabe der jeweiligen Schuldsumme aufgestellt wurde. Die Verpfändung war so auf das Grundstück beschränkt (Spezialität) und für alle sichtbar (weitgehendste Oeffentlichkeit).

Doch auch die Mängel dieses Instituts fallen in die Augen. Diese Oeffentlichkeit geht weit über den Interessentenkreis und damit weit über ihren Zweck hinaus; ein reger Immobiliarverkehr aber ist bei dem für mehrfache Belastung und Aenderungen in derselben ungefügen und Beschädigungen leicht ausgesetzten Material zu sehr gehemmt; zu alledem war die Publizität keine amtliche: der Gläubiger hatte lediglich das Recht, die Aufstellung einer Tafel von seinem Schuldner zu verlangen, und damit war eine Gewähr für Zuverlässigkeit der Tafelaufschriften nicht gegeben, wie ein Schluss von dem Nichtvorhandensein einer Tafel auf Schuldenfreiheit des Grundstücks unmöglich war.

Dieses Institut der Tafeln ist auch nach Rom übernommen worden, jedoch mit der Aendernng, dass hier die Aufstellung derselben nur nach Anordnung des zuständigen Richters gestattet war.[4]) Zur dinglichen Bindung der Sachen hatte den Römern ursprünglich entweder die alte *mancipatio*, die Uebereignung derselben zu Eigentum mit Ausbedingung der *remancipatio* bei rechtzeitig erfolgender Tilgung der Schuld *[fiducia]*[5]) gedient, oder die Uebertragung nur des Besitzes an der Sache, Faustpfand *[pignus]*, auf bewegliche Sachen beschränkt.[6])

Die den gesteigerten Bedürfnissen des Verkehrs hinderlichen Formalitäten der *mancipatio*[7]) und die Beschränkung derselben auf die *cives* und *res mancipi* führten die allmähliche Ausdehnung der anfänglich für die Verpfändung der *invecta et illata* des Pächters den Griechen herübergenommenen *hypotheca*, eines durch blossen formlosen Vertrag ohne Besitzübertragung[8]) entstehenden nur durch eine prätorische *actio in rem* geschützten Pfandrechts, auch auf die übrigen Fälle

---

3) Nach Gönner, Einleitung § 7 finden sich Spuren in den Reden des Demosthenes. vgl. II. Präs. von Seuffert im Ldtag. 1822 Bd. III S. 125.

4) l 1 u. 2 Cod. II, 15 ne quis — titulum audeat sine praeceptione iudicis competentis rebus alienis imponere vgl. l 22 § 2 d. 43, 24 si ad ianuam meam tabulas fixeris. l. 20 d. 47, 10.

5) s. Salkowski Inst. § 100 Arndts Pand. § 365[1] Dernburg Pand. I § 263.

6) pignus l 9 § 2 d. 13, 7, l 238 § 2 d. 50, 16.

7) fit certis verbis. libripende et quinque testibus praesentibus.

8) l 9 § 2 d. 13, 7 hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem.

herbei. Man begnügte sich mit einem *pactum hypothecae* und einer *actio hypothecaria*, die beide schliesslich auch auf die Verpfändung von Mobilien übertragen wurden.[9])

Damit war zunächst die Publizität[10]) und schliesslich auch die Spezialität für Rom in Wegfall und die heimlichen und die General-Hypotheken zur Geltung gekommen.

§ 2. Auch das deutsche Pfandrecht[1]) geht, wo nicht etwa gleich auf Treu und Glauben geborgt war, von der natürlichsten Art der Verpfändung, der einfachsten und in die Augen fallendsten Publizität aus, nämlich durch Ueberlassung der Sache an den Gläubiger;[2]) auch hier ist nur die äussere Form dieser Ueberlassung verschieden bei fahrender Habe und liegendem Gut;[3]) fahrende Habe ist Tauschobjekt. Geld; die Form der Verpfändung ist körperliche Hingabe an Geldesstatt; liegendes Gut kann nur so übertragen, seine Verpfändung nur so kenntlich gemacht werden, dass der Gläubiger sich „darauf setzt," dass er es „besitzt" und nützt (Immobiliarsatzung des älteren Rechts), wobei die genossenen Früchte entweder auf den Pfandschilling angerechnet wurden (Todsatzung),[4]) oder dem Pfandnehmer zu Gute kamen (Pfandschaft). Der Akt dieser Einsetzung war die Investitur und zwar die Investitur zu unvollkommenem, weil nur zu Nutzungsrecht,[5]) ein Akt, der ähnlich wie die röm. mancipatio an einem starken Formalismus litt.[6])

Mit der Zunahme des Immobiliarverkehrs in den ersten Jahrhunderten des Mittelalters wurde der umständliche Akt der Investitur ersetzt durch die Erklärung zu Protokoll des Gerichts der belegenen

---

9) l 1 pr. d. 13, 7, l 5, § 2 d. 20, 1 cf. Regelsberger in Bl. f. RA. 37, S. 3. Das röm. R. kannte nur eine Strafdrohung gegen den betrüg. Verpfänder l 3 § 1, 2 d. 47, 20. Windscheid I S. 789.

10) Das röm. R. hat ohnehin in der Beschränkung seiner Institutionen auf die unmittelbar Beteiligten für eine weitere Oeffentlichkeit von Rechtsakten keinen Raum; deshalb konnte die Publizität leicht fallen gelassen werden.

1) Untersuchungen von v. Meibom das Deutsche Pfandrecht 1867, Dernburg, Pfandrecht.

2) Annot. z. cod. iud. bav. cap. 20 § 1 u. 9: „Unsere Voreltern hielten auf dergleichen papierne Versicherung und vacua habendi simulacra nichts, sondern liessen sich vielmehr das Unterpfand selbst extradieren."

3) Hieran muss gegen Sohm a. a. O. S 10 festgehalten werden. S. ob. § 1.

4) Wir würden es Amortisationspfand nennen. Die Franzosen vive gage ausgehend vom Standpunkt des Pfandgebers.

5) im Gegensatz zu Investitur zu vollkommenem Recht, Eigentum, mit Auflassung.

6) Solenner Apprehensionsakt des Erwerbers durch Ansichnehmen einer aus dem betr. Grundstück genommenen Scholle mit einem Zweig; solenner Besitzverzicht des Veräusserers durch Uebergabe oder Wegwerfen einer festuca.

Sache. Es drängt sich also bereits das Bedürfnis nach amtlich gewährleisteter Oeffentlichkeit der Satzung durch.

In den Städten trat kraft ihrer selbständigen Entwicklung an die Stelle des Gerichtsprotokolles der Eintrag in öffentliche Bücher, zunächst in die Stadtbücher, bis allmählich eigene Bücher für den Immobiliarverkehr zur Einführung gelangten.[7])

In den Städten hatte sich nämlich seit dem 13. Jhrhdt. unter der Einwirkung der erstarkenden Herrschaft des Kapitals eine Verschiebung in der Auffassung von den Immobilien ergeben. Das Kapital trat auf gleiche Stufe mit dem Grundbesitz, und überflügelte ihn schliesslich. „Der Grundbesitz in der Stadt wird, wie er sich durch Kapital erzeugt, so als Kapital gedacht und als Kapital behandelt“[8]) und deshalb wird er nun auch Dank der Mobilisierung des unbeweglichen Vermögens zum Zahlungs-, zum Exekutionsobjekt. Neben[9]) die ältere Immobiliarsatzung nach Landrecht tritt die neuere Immobiliarsatzung nach Stadtrecht, nach Weichbild. Der Verpfänder bleibt im Besitz des Grundstücks, er kann dasselbe Grundstück öfter verpfänden, besser ausnützen. Dafür aber wird zur Wahrung der Rechte der Gläubiger und Dritter das Requisit der Eintragung der Verpfändung in die hiefür beschafften Bücher aufgestellt. Es tritt also an Stelle der durch den Besitz des belehnten Bodens bedingten allgemeinen eine auf den Interessentenkreis beschränkte Oeffentlichkeit.

§ 3. Mit der Reception des röm. Rechts fiel auch die alte landrechtliche Immobiliarsatzung der Mobilisierung und der Generalisierung anheim, wie ja auch das Stadtrecht sich den Einflüssen des röm. R. nicht völlig zu entziehen vermochte.[1]) Aber das eine haben sich Stadt- und Partikularrechte aus der Ueberfluthung durch das röm. R. gerettet, das Erfordernis der Eintragung der Verpfändungen in das öff. Buch bzw. die gerichtliche Protokollierung derselben.

Freilich waren Eintragung und Protokollierung ursprünglich weit entfernt in das materielle Recht einzugreifen: sie hatten vorläufig nur den Zweck, an Stelle des in Wegfall gekommenen Besitzüber-

7) Salbücher, Rentenbücher, Verlass-, Erbe-, Pfandbücher. Stobbe Bd. II S. 196. Beseler, 2. Aufl., S. 336, 341, 376.

8) Sohm bei Grünhut V S. 15.

9) Sohm weist a. a. O. S. 10 nach, dass auch in den Städten, innerhalb der Stadtmauern Grundstücke, Aecker, praedia rustica, nach Landrecht behandelt wurden, so dass das Stadtrecht sich im wesentlichen auf die Häuser, praedia urbana, bezieht.

1) Ein interessantes Beispiel hiefür liefert Augsburg, vgl. die Schilderung bei Gönner Comm. § 10 S. 27. Anm. und seine noch eingehenderen Ausführungen im Landtag 1819 Bd. 13, S. 335.

gangs den Beweis über den erfolgten Pfandvertragsabschluss zu sichern, d. h. ihre Bedeutung ist zunächst eine rein prozessuale; das materielle Recht blieb unberührt, unterlag also nach wie vor der dinglichen Bestreitung.[2])

Allein mit Ausbildung des Kreditwesens insbes. in den Städten musste notwendig das Bedürfnis nach grösserer Stabilität „der unter öffentlicher Autorität besiegelten Rechtsakte" zu einer allmählichen Einschränkung jenes viel missbrauchten Rechts der Bestreitung bücherlicher Einträge oder gerichtlicher Protokolle führen, was ohne weiteres da möglich war, wo der Schuldner selbst zur Eintragung bezw. Protokollierung mitgewirkt hatte. Die hiebei von ihm abgegebenen Erklärungen galten als Schuldbekenntnis (confessio) und entzogen ihm wie seinen Nachfolgern das Recht zu nachträglicher Bestreitung: das erste Stadium der materiellen Publizität des späteren Rechtes insoferne, als der Inhalt der Vorträge des öffentlichen Buches oder Protokollheftes einstweilen wenigstens dem Schuldner selbst gegenüber materiellrechtlich bindend war.

Spröder verhielt sich das Recht bezüglich der dinglichen Rechte Dritter: die persönlichen Rechte Einzelner und die öffentlichen Interessen des Volkes standen sich hier gegenüber: Auf der einen Seite bestand die Gefahr, dass der Einzelne einem formellen Akt zu Liebe sein gutes materielles Recht nicht sollte geltend machen können, auf der andern Seite forderte die Rücksicht auf das Wohl des damals zumeist ackerbauenden Volkes eine grössere Stetigkeit und Sicherheit des Eigentums und zwar gerade des Ackerlandes, und deshalb eine grössere Verlässigkeit der Bücher und Protokolle.

Das Ergebnis dieses Widerstreites war ein Ausgleich in Form des von dem Institut der „rechten Gewere" herübergenommenen „Verschweigungssystems," d. h. des Grundsatzes, dass derjenige,[3]) welcher sein Recht, trotzdem er von der demselben drohenden Gefährdung wusste oder wissen konnte, innerhalb bestimmter Zeit[4]) nicht geltend machte resp. gegen den bücherlichen Vortrag nicht protestierte, sich seines Rechtes „verschwiegen" hatte, dass also ihm gegenüber

---

2) Exner, Publizitätsprinzip S. 8.

3) und zwar wirkte dieser Grundsatz nur relativ, d. h. nur gegen den, welcher geschwiegen hatte, obwohl zu sprechen möglich war. v. Sicherer, Vorles. über Privatr. § 37.

4) Gewöhnlich Jahr und Tag 1 Jahr 6 Wochen; doch finden sich Variationen zu 3 Jahr 18 Wochen (z. B. böhm. Landtafel) Sachs. Sp. II 44 und 42 § 2, Exner a. a. O. S. 10 Regelsberger Bl. f. RA 37 S. 5.

der Formalakt der Eintragung nach unbenutztem Ablauf der Frist materiellrechtliche Wirkung erhielt.[5])

Wie erwähnt, war dieses System nur ein Ausgleich, eine Station auf dem Wege, welchen der Kredit und Verkehr auf der einen, das Gewicht der öffentlichen Autorität auf der anderen Seite der Entwicklung des Buchwesens vorgezeichnet hatten. Es war daher nur konsequent, dass im Laufe der Zeit der Grundsatz von der materiellrechtlichen Wirkung der Bucheinträge aus jenem Uebergangsstadium sich zur uneingeschränkten Geltung durchrang, zu einem Stadium, in dem jede Bestreitung entfiel, wo der öff. Glaube, die publica fides des Buches zur durchgreifendsten Geltung gelangte,[6]) wie wir sie in den neueren Kodifikationen antreffen.

So war denn unter dem unabweislichen Einfluss der Anforderungen des Kredits und Verkehrs, des Ackerbaus, der Versorgung des Volkes der Formalakt der Eintragung, ursprünglich nur eine prozessualische Hilfe bei Durchsetzung des allein maassgebenden materiellen Rechtsbestandes, allmählich zum ausschliessenden Fundament des Rechtes geworden. Das dingliche Recht steht nicht mehr nur im Buch, sondern es besteht ipso iure kraft des Buches[7]) es ist in seiner Existenz dem publicus, dem Dritten gegenüber geradezu bedingt durch die Eintragung in das öff. Buch. Das ist der Standpunkt der neueren Hypotheken- und Grundbuchrechte.[8])

2. Im Besonderen.

§ 4. Kredit (Realkredit) und Verkehr also waren die treibenden Kräfte für die Entwicklung der neuen Grundsätze des Hyp.-Rechts. Sie waren es, die die alte Publizität und Spezialität hervorholten und

5) Ferdinands III. Deklarationen und Novellen zur böhm. Landesordnung vom 1. Februar 1640 bei Exner S. 11) bringen diesen Grundsatz, dass nach Ablauf der 3 Jahre 18 Wochen das in der Landtafel stehende „ohne Widerrede und einzige Ausflucht" Rechtens sei, dadurch scharf zum Ausdruck, dass sie sagen: „Kein Mensch kann die Landtafel überzeugen" und dass sie den Versuch wider dieselbe Zeugnis zu führen, mit zweijähriger Gefängnisstrafe bedrohen.

6) Ein Beispiel bietet Exner S. 11 an Hamburg. 1270 noch gewährte hier die Verlassung und Eintragung ins Stadtbuch erst nach Ablauf von Jahr und Tag dem Eingetragenen das Vorrecht, sein besseres Recht gegen Dritte durch Eid zu behaupten. Durch Statut von 1292 verlangte man sofortigen Widerspruch von Anwesenden, bei Vermeidung der Annahme des Verzichtes; nach Statut von 1497 konnte überhaupt Niemand mehr gegen das Verlassungsprotokoll Einrede thun.

7) Exner, a. a. O. S. 11.

8) Preuss. Hyp.-Ordg. 1783. preuss. LdR. v. 1794, Eigent. Erwerbsges. vom 2. Mai 1872, Grundbuchordnung 1872, bayr. Hyp.-Ges. v. 1822, sächs. Hyp. Ges. 1843. Württemb. Unterpfdsges. u. s. w.

endlich sich und das schwer darniederliegende Immobiliar-Recht der lähmenden Herrschaft des röm. R. entzogen. Aber die Entwicklung war keine stille, friedliche. Harte Anstösse von Aussen mussten dazukommen, um die Scheu vor dem übermächtigen Einfluss des röm. R. zu überwinden.

Die Kriegsläufte des 17. und 18. Jhrhdts. mit ihren Verwüstungen, Brandschatzungen, Plünderungen und Werbungen hatten dem Landmann nicht bloss seinen Acker verdorben und ihm die Lust und Liebe zur Arbeit, sondern auch die Arbeitskräfte, Menschen nnd Tiere, und seine Vorräte genommen Geld hatte er nicht und konnte er kaum bekommen. Der Kredit war aufs Aeusserste gesunken, Niemand wollte sein Geld mehr auf liegende Güter leihen: das Ende, das der Grundbesitzer voraussah, war die Exekution, wenn er sich nicht dem Wucherer in die Arme warf und mit dessen freilich sehr teuren Hilfe sich weiter fristete, bis eben das künstlich aufgehaltene Ende doch kam.

An diesen Zuständen trifft neben jenen äusseren Ereignissen ein Hauptanteil der Schuld den Mangel jeglicher Hilfe durch das Recht. Das Recht der damaligen Zeit stand unter dem Einfluss des röm. R., welches, schon im frühen Mittelalter in Einzelheiten sich geltend machend seit der Mitte des 15. Jhrh. sich „mit einer fast elementaren Gewalt" über ganz Deutschland verbreitete trotz stürmischen Widerstands des Adels und der Bauern,[1]) also der Vertreter des Grundbesitzes. Diese letzteren waren es auch, welche durch die Einführung der röm. Grundsätze über den Immobiliarverkehr, Generalität und Heimlichkeit der Hypotheken, am meisten zu leiden hatten.

Was konnte hier das aus dem früheren in seiner Entwicklung eben durch die Reception des röm. R. jäh unterbrochenen deutschen Immobiliarrecht gerettete Requisit der gerichtlichen Protokollierung oder Verbuchung nützen, da das röm. R. durch die Zulassung einer Menge gesetzlicher und privilegierter Hyp., die einer Einzeichnung nicht bedurften, die Zuverlässigkeit jener öffentlich beglaubigten Akte geradezu in Frage stellte?[2]) Sollte man dem Gläubiger, der sein Geld anlegen wollte, zumuten, erst eine langwierige Untersuchung und

1) Dernburg, Pand. I § 3 S. 7 gibt eine sehr anschauliche Schilderung des Vorgangs der Reception des röm. Rechts und das Mundtotmachen der alten ungelehrten Schöffen durch die Rechtsgelehrten, die in Bologna das römische Recht studiert hatten.

2) Thibaut, civilist. Abhandlungen 1814 S. 309 „Ein Privilegium hinter dem andern, eins wieder über das andere, und das ganze Sicherheitssystem so durchlöchert, dass die Gesetzgebung am Ende sich selbst ein testimonium paupertatis ausstellen muss."

Nachforschung anzustellen, ob das ihm verpfändete Vermögen nicht schon ausserhalb des Protokolles oder Buches belastet sei? Und diese mühevolle Nachforschung als thatsächlich vorausgesetzt, so nützte die auf das als bis dahin schuldenfrei sich zeigende Gut bestverbücherte oder verbriefte Hyp. nichts gegen erst später entstehende gesetzliche oder privilegierte Hyp., die stets den Vorrang hatten, ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung und die den Gerichten Mangels Eintragungszwanges nicht bekannt waren. So war gewissermassen stets „ein innerer Krieg der Hypotheken unter sich.“[3])

Dazu kam die Generalität der Hyp., d. h. die Ausdehnung derselben auf das gesammte, bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners. Es ist ersichtlich, dass hier bei dem steten Wechsel des beweglichen Vermögens die Sicherheit des Gläubigers eine sehr fragwürdige, in ihrem Ende immer wieder auf die Immobilien hinauskommende war.

Abgesehen aber von dieser Generalität aller und Heimlichkeit gewisser Hypotheken war die Kontrole auch der nach dem für das platte Land allein massgebenden Protokolliersystem bestellten Hyp. eine höchst mangelhafte und unsichere.

Die Protokolle wurden mit laufenden Nummern aufgenommen, nicht foliiert, meist auch nicht geheftet und indiciert, und war ein Register vorhanden, so wurde dasselbe „nicht nach den unveränderlichen Namen und sonstigen Bezeichnungen des Grundstücks, sondern nach dem veränderlichen Besitzer als Schuldner geführt.“[4])

War so einerseits ein Nachsuchen in den vielen Protokollsammlungen schon deshalb eine sehr mühevolle Arbeit, die zudem durch das nicht besonders rühmenswerte Entgegenkommen der selbstherrlichen Aktuare[5]) nicht gerade erleichtert wurde, so war andrerseits nicht ausgeschlossen, dass bei einem Gericht von grossem Umfang ein solches fliegendes Produkt verloren ging oder wegen der Länge der Zeit nicht aufzufinden war,[6]) oder endlich bei der grossen Masse durchzublätternder Aktenstücke übersehen wurde.

Die Folgerungen aus diesen Missständen sinden leicht zu ziehen: Aus Mangel einer öff. Kontrole belasteten viele ihr Vermögen mit unverhältnismässigen Schulden, „der Redliche hingegen fand in dring-

---

3) Ldtgs. V. 1822 Bd. 3 S. 192.

4) Puchta, Unterricht über die neue Hyp. Verfassung in Bayern 1823 S. 17.

5) Vgl. Ldtagsverh. 1869 Sten. Ber. Bd. 5 S. 120, die schweren Vorwürfe gegen die „Herren Schreiber.“

6) Dr. Puchta, Unterricht § 12 S. 17, Weber § 6 behauptet: kein bayr. Landgericht könne den Hyp.-Stand eines Grundstücks genau angeben. Vgl. die gleiche Klage für die Pfalz (Rheinkreis) Ldtagsv. 1822 Bd. 6 S. 273, Bd. 3 S. 124.

ender Geldverlegenheit keine Hilfe, weil es ihm unmöglich wurde darzuthun, dass er weniger Schulden als Vermögen besitze," oder musste sich in die Arme der Wucherer jüdischer und christlicher Religion werfen, die ihren Wucher um so höher trieben, je grösser die Gefahr war, und „die an dem redlichen Schuldner das zu gewinnen suchten, was sie an dem unredlichen verloren,"[7]) und so den Landeigentümer dem unfehlbaren Untergang erst recht zuführten.

Die Kapitalisten brachten ihre Gelder in auswärtige Cirkulation oder verlegten sich auf kaufmännische Spekulation, oder endlich hielten sie lieber ungenützt, aber sicher im Kasten; liehen sie aber auf Hypothek, so thaten sie es eben auf Treu und Glauben, um der Person des Darlehensuchers, nicht aber um der Sicherheit der Sache willen.[8]) Nicht nur für den Landeigentümer ist indessen der Realkredit absolut unentbehrlich, „um die Rente des Kapitals, das in Grund und Boden angelegt ist, sowie die seines Betriebskapitals zu sichern und den mehrfälligen Ereignissen, welche durch den täglichen Verkehr oder die Gewalt der Elemente herbeigeführt werden nicht zu unterliegen,"[9]) sondern der Staat selbst, und um so mehr, wenn er eine vorzugsweise ackerbauende Bevölkerung hat, hat das höchste Interesse an einem günstigen Stande des Realkredits;[10]) ja ein gesunder Realkredit ist mit Rücksicht auf die Ernährung des Volkes in seiner Rückwirkung auf Industrie, Handel und Gewerbe geradezu eine Lebensfrage für ihn. Denn eine Lähmung des Realkredits übt erfahrungsgemäss sofort einen Rückschlag auf alle Lebensverhältnisse: Credit ist die Seele des Verkehrs; seine Lähmung bedeutet die Lähmung des Verkehrs, die Untergrabung des Volkswohlstandes.[11])

Dass solche Zustände auf die Dauer nicht haltbar waren und mit Ungestüm auf eine Reformierung des Bodencreditwesens hindrängten, ist nicht zu verwundern; zu verwundern ist nur, dass, abgesehen natürlich von den Kriegsereignissen, die allerdings friedliche Gesetzgebungsarbeiten zu fördern nicht geeignet waren, die Bemühungen

---

7) v. Weber, § 3 Ldtgsverh. 1822 Bd. 3 S. 123.

8) s. ob. § 2.

9) Ldtgsverh. 1822 Bd. 13 S. 123 (II. Präs. v. Seuffert).

10) Vgl. die gegenwärtigen Verhandlungen des preuss. Abgeordnetenhauses über die Reg.-Vorlage, betr. Schaffung einer Zentral-Kreditanstalt.

11) Cicero orat. pro l. Man. cap. 7 non possunt una in civitate multi rem atque fortunas amittere, ut non plures secum in eandem calamitatem trahant. — Thibaut, civilist. Abhandlungen 1814 S. 309. „So stockt bei einem schlechten Hyp.-System das Blut in allen Adern des Staats, während kräftige einfache Gesetze über diesen Punkt Regsamkeit und frisches Leben durch alle Teile des Ganzen verbreiten."

und Versuche in dieser Richtung mit sehr geringen Ausnahmen erfolglos oder doch in den Anfängen blieben, trotzdem man nur auf das vor der Reception des röm. R. herrschende gesunde und dem deutschen Rechtsbewusstsein entsprechende Prinzip hätte zurückgreifen dürfen. Die, man man möchte sagen, unheimliche Macht des röm. R. lässt sich schwerlich besser illustrieren als mit der Thatsache, dass die zur Gesetzgebung berufenen Männer, trotzdem ihnen zugestandenermassen die trostlose Lage des Grundbesitzes und des Kredits und die unausbleiblichen Folgen für das Volkswohl bekannt waren, dem Banne des fremden Rechtes so lange sich nicht zu entziehen vermochten.[12])

§ 5. Günstiger waren die Verhältnisse in den Städten und einigen kleineren Fürstentümern gelagert. Die Städte hatten ja, Dank ihrem Aufschwung durch das Ansichreissen des Handels, immer wenn es sich um Ein- und Durchführung von Erleichterungen und Sicherungen im Verkehr, um Anpassung der Gesetze an die praktischen Bedürfnisse handelte, bahnbrechend gewirkt. Ein Mangel war bei ihnen ohnehin schon durch die Bestimmung der Stadtbücher resp. Einrichtung besonderer Bücher für die Eintragung der Hyp. wegfällig geworden oder vielmehr nie aufgetreten: das Sichverlieren der einzelnen Hypotheken in den Bergen von Protokollen. Dazu kam, dass die Generalität mehr oder minder beseitigt wurde.

Der Zeit nach die erste Stelle nimmt die Stadt Hamburg ein, die mitten in der Zeit des Einfluthens des röm. Rechtes sich die Publizität ihres Stadtbuches wahrte.[1])

Zwar war schon vorher in München das Grundbuch für Ewiggelder eingeführt worden;[2]) indessen war dieses Institut mit einem Hyp.-Buch an sich so wenig identisch, dass es vielmehr neben demselben bestehen kann und thatsächlich besteht.

Auch in Augsburg wurde in der Stadtkanzlei ein Buch geführt, in welches die „Handvesten" (Hypotheken) auch zweiten und dritten Ranges[3]) eingetragen wurden, ohne dass freilich diese Eintragung

---

12) Kreittmayr annot. ad cod. iud. bav. cap. XX § 1 „es sei dem alten, einheimischen Recht nicht viel anders, als rechtmässigen Kindern ergangen, welche sich durch die Stief- oder angewunschenen Kinder aus dem Besitz ihres altväterlichen Gutes haben verdrängen lassen müssen." Aber gerade Kreittmayr selbst hat, wie Gönner § 10 S. 28 richtig beifügt, nichts gethan, um die Kinder in ihr altväterliches Gut einzusetzen.

1) 1270 bis 1497 s. ob. § 3 Anm. 6.

2) 1473 und 1484.

3) Zuerst durch Gewohnheitsrecht auf 2. u. 3. Hyp. ausgedehnt (Ueberteuerung), was dann das Statut von 1603 bestätigte.

selbst rechtsbegründenden Erfolg hatte; hierzu diente vielmehr die Aushändigung des Kaufbriefes als Symbol der Sache oder, bei öfterer Verpfändung, von Abschriften, in die jede vorherige Verpfändung nebst der Pfandsumme eingeschrieben wurde [4]) Da diese Handvesten auf Immobilien beschränkt waren, so zeigt sich hier das Prinzip der Spezialität [5]) neben einer doppelten Publizität.

„In anspruchsloser und nützlicher Einfachheit" zeigt sich das Kemptner Kreditwesen. [6]) Die ehemalig gefürstete Abtei Kempten hatte die sog. Landtafel eingeführt, [7]) ein zur beständigen Einsicht offenes Buch, in welches das Gesamtvermögen jedes Bewohners des Bezirkes und jede Forderung an denselben mit den sich ergebenden Veränderungen eingetragen wurde: Was nicht „intabuliert" war, musste nachstehen: also hier weitgehende, ja zu weit gehende [8]) Publizität neben vollständiger Generalität. Trotz letzterer war jedoch die Einrichtung dem Kredit ausserordentlich wohlthätig: denn die ausgedehnte Oeffentlichkeit gewährte dem Gläubiger ausreichende Sicherheit; [9]) die Generalität aber wurde dadurch abgeschwächt, dass grundsätzlich das Immobile die Mobilien nach sich zog, die Hauptsicherheit also immer durch das erstere geboten wurde.

Aus der Zeit der Feudalität stammen die Bamberger Lehen-Consense: [10]) Hyp.-Briefe über die Verpfändung von Lehengütern, ausgefertigt mit Einwilligung des Lehensherrn, auf den dritten Teil des eingeschätzten Lehenswertes lautend und zeitlich beschränkt auf vier Jahre, nach deren Ablauf sie erneuert werden mussten. [11]) Ueber die

---

4) Vgl. den Entw. zum bürgerl. Ges.-B. „Hypothek mit Hyp.-Brief" § 1106 f. s. unten Anhang § 34.

5) Durch Rathsdekret von 1718 wurden auf Grund l. 6 u. 7. Cod. 8, 17 die Generalhyp. zur Geltung gebracht.

6) v. Weber, § 14.

7) 1738 errichtet, 1768 mit einigen Aenderungen erneuert. Vgl. Ldtagsverh. 1822 Bd. 3 S. 173.

8) Die Landtafel zerfiel in zwei Teile: Die Hauptlandtafel, in welche die Realitäten (nach Weidenschaften zu 100 fl.) eingetragen wurden (die Mobilien wurden von den Immobilien nachgezogen) und die Nebenlandtafel oder das Todtenbuch, in welches die Schulden aller Bewohner, die keine Realitäten besassen, also in der Hptldtfl. keine Folien hatten, eingeschrieben wurden: Verbindung von Real- und Privatkreditinstituten. Die Einrichtung des Todtenbuchs geht über den Zweck einer Landtafel doch wohl hinaus und kann direkt schädlich werden.

9) Ursprünglich war die Belastung auf $^3/_4$ des eingeschätzten Wertes beschränkt; nach späterer Verordnung ist jedoch jede Beschränkung aufgehoben worden.

10) 1768 eingeführt im ehemal. Fürstentum Bamberg.

11) Die Lehen wurden zu diesem Zweck alle vier Jahre neu eingeschätzt und danach die Höhe der zulässigen Verpfändungssumme ($^1/_3$) festgesetzt. Da hier jedesmal die Taxierung bezahlt und an Gebühren zuerst $1^2/_5$ %, das zweitemal $^5/_6$ % entrichtet werden mussten, war das Geschäft etwas kostspielig

ausgestellten Consense hatten die Lehensherrn gehörig eingerichtete „Lehenbücher“ zu führen mit Rubriken, ähnlich den Realfolien der neueren Hyp.-Bücher. Ein Jahr schon nach seiner Einführung wurde dieses Institut in das damals erscheinende bambergische Landrecht[12]) übernommen und zugleich für freieigne Güter in der Weise angewendet, dass für diese ein eignes Hyp.-Buch angelegt wurde, das vom Richter der belegenen Sache geführt und unter der hier zum erstenmal sich zeigenden Haftung des Richters[13]) mit vollster Oeffentlichkeit ausgestattet wurde insofern, als alle vor diesem Gericht ausgefertigten Hypotheken allen Privat- und öffentlichen, wenn auch älteren, vorgingen (LdR. § 24) mit einziger Ausnahme nur der gesetzlichen Hypotheken.

Am unberührtesten von den Grundsätzen des röm. R. und am getreuesten dem „bei der Staat und in derselben Obrigkeit und Herrschaft mit Alter Hergekommen“ blieb die Stadt Ulm. Ihr Stadtrecht[14]) bestimmte für Stadt und Land, dass die Priorität von Hyp.-Forderungen ausnahmslos durch die „Einschreibung in gemeiner Stadt Pfandbuch“ bestimmt werde und dass ein Generalunterpfand nicht zulässig sei.[15])

Endlich bestanden in Würzburg und Memmingen und anderen Städten Grund- und Hyp.-Bücher, deren Betrachtung aber als mehr oder minder auf den gleichen Grundsätzen fussend hier zu weit führen würde.[16])

Es waren also zunächst die Städte, welche in richtiger Würdigung der ersten Voraussetzung für die Anbahnung gesunden Kredits den Grundsatz der formellen und der materiellen Oeffentlichkeit, d. h. die Zugänglichkeit des öff. Buches wie dessen rechtskonstituierende Wirkung nicht bloss anerkannten, sondern auch durchzuführen verstanden und die römische Generalität wo nicht ganz beseitigten, so doch in ihren schädlichen Wirkungen abzugleichen und so den modernen Bedürfnissen anzupassen suchten.

---

12) 1769 wurde das bamb. LdR. eingeführt.

13) Er haftet für Schäden aus der Unterlassung der Benachrichtigung des späteren Gläubigers von den bereits auf dem Gute lastenden Hypotheken. Vergl. Weber a. a. O. § 13.

14) „Revidierte Gesatz und Ordnungen der Stadt Ulm“, 1633, Teil IV, Tit. 1, Art. 5, 11, 20, Roth b. CR. II § 181.

15) „dass auch kein Generalunterpfand, allda ein Schuldmann alle sein Haab und Güter ingemein, ohne specification eines sondern Guts verschrieben erkannt worden.“

16) Roth II § 181 führt mehrere auf.

§ 6. Der Umschwung in den Landrechten, ihr Losringen von der röm. Herrschaft ist jüngeren Datums; man kann ihn von der Mitte des 18., des für Gesetzesbildung fruchtbarsten Jahrhunderts an rechnen.

Eine Ausnahme, von einigen schwachen Anklängen[1]) abgesehen, bildet die böhmische Landesordnung, welche bis ins 17. Jahrhundert zurückreichend[2]) allein die der alten deutschen Auffassung entsprechenden Grundsätze der Spezialität und der unbedingten materiellen Publizität durchführte, indem sie bestimmte, dass Landgüter nur mittels der Landtafel übertragen und verpfändet werden dürfen, dass gerichtliche Hilfe nur dann erteilt werde, wenn die Verpfändung der Landtafel einverleibt ist, und dass die Rangordnung ausschliesslich durch die Zeit der Eintragung bestimmt werde.[3])

Zwar hatte auch Preussen schon in den ersten Jahren des 18. Jahrhunderts[4]) einen Anlauf genommen zur Einrichtung eines gleichförmigen Lagerbuches (scrinium), jedoch war hiezu nicht in erster Linie die Rücksicht auf das Gemeinwohl massgebend, ihr Zweck nicht die Abstellung tiefgreifender Missstände, sondern zunächst eine fiskalische Spekulation.[5]) Dass bei dieser Tendenz das Institut selbst in höchst mangelhafter Weise durchgeführt war, ist selbstverständlich.

Erst seit 1722 begann eine erspriesslichere den Forderungen des Realkredits gerecht werdende Gesetzgebung, die in bewusster Folge weitergebildet in dem im allgemeinen preuss. Landrecht niedergelegten Hypothekrecht ihren Abschluss fand.[6]) Gerade der Entwicklungsgang des preuss. Hypothekrechts zeigt, wie schwer der Realkredit darniedergelegen sein muss, wie dringend geboten eine Abhilfe war, und auf welchem Wege allein diese geschaffen werden konnte; denn nicht nur, dass alle durch Eintrag bestellten Hypothekar-Rechte ohne Aus-

---

1) Im LR. Maximilian I. 1616 treten Spuren germanischen Instituts hervor, allein der Kommentator von Schmid konnte sich dem Einfluss des röm. R. nicht entziehen und in der Kodifikation Maximilians III. 1751—1756 sind vollends alle Spuren verschwunden. Vgl. Gönner S. 44.

2) Erneuerte Landesordnung Ferdinands II. 1627. Deklarationen u. Novellen Ferdinand III. 1640.

3) „Die eltiste Verschreibung vor denen, so erst hernach beschehen, so vil die Gewähr anlanget, den Vorrang und Vorzug haben.“ s. Exner S. 12 f.

4) Edikt vom 20. Sept. 1704.

5) „Die Erhebung einer Abgabe von jeder Eintragung zum Zweck der Auffindung einiger extraordinärer Geldmittel bei gegenwärtigen beschwerlichen und kostbaren Kriegsläuften.“ s. Exner, S. 17, vgl. auch die in Ldtgsverh. 1819, Bd. 5, S. 417 für Bayern ausgespr. Befürchtung.

6) Hyp.- und Konkursordnung 1722, Land- und Hyp.-Ordnung f. Schlesien 4. Aug. 1750, subsidiär f. d. ganze Monarchie, Prioritätsordg. 1781, allgem. Hyp.-Ordg. v. 20. Dez. 1783, LR. v. 1794.

nahme gegen jeden etwaigen materiellen Mangel im Rechte des Auktors sofort ohne jede Präklusionsfrist geschützt wurden, dass auf die *causa* der Hyp.-Bestellung nichts ankommen sollte und die Reihenfolge der Eintragung unbedingt für den Rang massgebend sein sollte — sogar das Requisit der *bona fides* war fallen gelassen worden.[7])

Hier waren also bestimmend lediglich die wohlerkannten praktischen Aufgaben eines den Forderungen des Realkredits entsprechenden Hyp.-Rechts, nicht historische Tradition oder juristische Reflexion. Freilich wurde bei Einverleibung des Hyp.-Rechts in das allgemeine Landrecht die Forderung des guten Glaubens wiederhergestellt „aus Gründen der allgemeinen Rechtsmoral."[8]) Die Spezialität war schon früher durch Sonderung der Immobiliarmasse eingeführt worden.[9])

Ein energischer Zug geht durch dieses preuss. Hyp.-Recht, es bedeutet einen kurz entschlossenen Bruch mit den alten röm. Grundsätzen[10], nachdem einmal aus den Erfahrungen der fortschrittlicheren Städte heraus die Notwendigkeit einer Reform eingesehen worden war.

Es war auch, als ob die deutschen Länder nur auf einen Anstoss gewartet hätten, als ob der starre Bann mit diesem Vorgehen von ihnen genommen wäre.

Oesterreich folgte mit seinem bürgerlichen Gesetzbuch, welches mit Bezug auf den guten Glauben sich an das preussische Recht anlehnte, sonst aber sich der gemeinrechtlichen Einwirkung noch nicht völlig zu entziehen vermochte. Es ist ein Werk aus der Zeit des Ueberganges und deshalb hat darin die moderne Publizität noch keine konsequente Durchführung gefunden.[11])

---

7) Hyp.-Ordg. v. 1783, s. Exner S. 17.

8) Bornemann, preuss. Civ.-R. II S 224 gibt die Gründe an, die Suarez geleitet haben.

9) Prioritätsordnung aufgenommen in die Gerichtsordnung von 1793; Teil I, Tit. 50 § 509.

10) Das Beibehalten der bona fides wird man nicht als Ueberbleibsel des röm. R. bezeichnen dürfen. Zu einer Zeit, wo in Rom Treue und Glauben schon längst ziemlich unbekannte Begriffe waren, war das germanische Rechtsleben von diesen beiden Tugenden durchzogen. Die vielgerühmte deutsche Treue und Ehrlichkeit würde es ebenso schwer ertragen, dass das Hyp.-Buch zur Sanktionierung betrügerischer Geschäfte dienen sollte. Der gute Glaube ist eine im Rechtsbewusstsein des deutschen Volkes festbegründete Voraussetzung aller Rechtsgeschäfte und wenn die preuss. Hyp.-Gesetzgebung 1783 ihn beseitigen wollte, so ist das nur ein Zeichen, wie schlimm damals die Zeiten waren, dass man den reinen Formalismus zum Recht erheben und keine Ausnahme, auch nicht die Einrede des mangelnden Glaubens gelten lassen wollte. s. übr. unter § 11, 1.

11) S. Exner a. a. O.

§ 7. So stand die Entwicklung des modernen Hyp.-Rechts, als Bayern sich anschickte, auch seinerseits den unerträglichen Zuständen ein Ende zu machen durch Einführung eines dem deutschen Rechtsbewustsein entsprechenden Hyp.-Rechts. Bayern war infolge seiner Lage und seines Verkehrs mit Italien mehr wie andere Länder dem Einströmen des röm. Rechts ausgesetzt[1]) und so zeigt sich hier schon früh eine Mischung röm.-rechtlicher und altgermanischer Grundsätze, insbes. auch in Bezug auf den Immobiliarverkehr, die schon an sich einen Zustand der Rechtsunsicherheit herbeiführen musste,[2]) ganz abgesehen von den inneren Mängeln des röm. Hyp.-Systems.[3]) Es gilt deshalb gerade für Bayern alles, was über die traurige Lage des Grundbesitzes unter der Herrschaft des reinen oder mit deutschen Resten durchsetzten röm. Rechtes ausgeführt wurde,[4]) in besonders hohem Grade.

Dazu kamen aber zwei Momente, welche die Rechtsunsicherheit in Bayern noch unleidlicher gestalteten: Einmal die Thatsache, dass bis zur Einführung des Hypothekengesetzes mehr als fünfzig[5]) verschiedene Rechte, Stadt- und Landrechte, in Bayern galten, die zudem nicht immer auf grössere Flächen, sondern oft auf einzelne Orte, ja in diesen wieder auf einzelne Häuser sich verteilten;[6]) ein Umstand, der einen regeren, auf weitere Strecken sich ausdehnenden Immobiliarverkehr für einen dieser Rechte nicht kundigen ausserordentlich erschwerte, wenn nicht überhaupt unmöglich machte: dann aber das Institut der Siegelmässigkeit, das den etwaigen Rest von Treu und Glauben völlig zu zerstören wie nichts geeignet war.

Die Siegelmässigen hatten nämlich entsprechend der ihnen eingeräumten Gerichtsbarkeit das Recht, unter Brief und Siegel Hypothekenbriefe auszustellen, ohne an eine obrigkeitliche Kontrole oder Protokollierung gebunden zu sein, so dass also ihre Verschreibungen

---

1) Vgl. Gönner, Einleitung S. 43.

2) Kreittmayr, annot. ad cod. civ. II S. 609 u. II 6. cap. § I „eine Miscellanz, dass die geschätztesten Rechtslehrer irre gemacht und durch ihre Vermengung der fremden Rechtsgrundsätze mit den deutschen die Sache immer in noch schlimmere Verwirrung geriet", „so dass man bald nicht mehr weis, an was für ein Recht man sich hierinfalls zu halten habe." Vgl. Ldtgsverh. 1819 Bd. 5 S. 342.

3) S. oben § 4 und Regelsberger Bl. f. RA. 37, 3.

4) s. vor. Anm.

5) Ldtgsverh. 1819 Bd. 5, S. 343, v. Weber § 1 „Würde man die verschiedenen Teile des Königreichs nach ihren Rechten mit verschiedenen Farben bezeichnen, so würde eine höchst bunte Musterkarte herauskommen."

6) v. Völderndorff, die bayr. Statutarrechte; die Grenze geht sogar durch die Häuser.

den obrigkeitlichen gleichstanden.[7]) Es liegt auf der Hand, dass hiebei der Gläubiger nur solange gesichert war, als der Schuldner ein redlicher Mann war.[8]) In den Zeiten des Verfalls der Feudalität, bei der durch die häufigen Kriege bedingten Geldnot, oft wohl auch infolge der Ueberhebung adeliger Kreise über den bürgerlichen Kapitalisten, mehrten sich die Fälle, dass das Vertrauen in die Ehrenhaftigkeit der siegelmässigen Schuldner getäuscht, dass Hypotheken über Hypotheken auf ein solches Grundstück gehäuft wurden, die in ihrer Summe den Wert des Gutes weit überholten,[9]) ohne dass ein Gläubiger von dem andern wusste. Es war nur eine, wenn auch gesetzlich nicht gewollte, traurige Konsequenz der Möglichkeit dieser Verheimlichung der bereits bestehenden Belastung, wenn schliesslich die Gepflogenheit sich breit machte, bei Ueberschuldung den allmählich doch misstrauisch gewordenen Kapitalisten dadurch zu nochmaliger Kreditierung zu bestimmen, dass man den für diesen Fall auszustellenden Hyp.-Brief einfach vordatierte und so die früheren Gläubiger um ihr Geld brachte.[10]) Man gewöhnt sich schwer an den Gedanken, dass solche betrügerische Manipulationen von dem an Prätentionen so reichen, in puncto Ehre so empfindlichen Stande ausgehen konnten; allein die einstimmigen, unwiderlegt gebliebenen Klagen aus damaliger Zeit,[11]) selbst aus Kreisen des Adels,[12]) Maassregeln der Regierung gegen den Unfug,[13]) was alles in den Verhandlungen des Landtags

---

7) cod. iud. bav. cap. 20 § 9 Nr. 4 u. 7, Annot. hinzu.

8) „solang sie sich ihrem Stand gemäss halten." Cod iud. bav. cap. 20 § 9, Ldtgsverh. 1822 Bd. 3, S. 198.

9) v. Weber, § 5. Dr. Puchta, S. 16, Ldtgsverh. 1819, Bd. 5, S. 351, 1822 Bd. 3, S. 124, 142.

10) Weber ibidem. Es ist eine Ironie des Schicksals, dass nun die Siegelmässigen gerade das sich zu Nutze machten, was zur Hintansetzung der Privat-Hyp. geführt hat und dass sie das Vertrauen des Gesetzgebers so schmählich täuschten. Cod. iud. annot. zu cap. 20 § 9 h: „Die Ursach, warum man hypothecas iudiciales et publicas denen privatis vorziehet, bestehet hauptsächlich darin, dass in denen letzteren leicht das Datum zurückgesetzt und andere dergleichen zu Praejudiz der älteren Creditoren gereichende Gefährden gespielt werden mögen. Da nun aber dieses von siegelmässigen und distinguierten Personen nicht so leicht zu vermuten ist, so halt man ihre Verschreib- und Versicherung propter exuberantiam bonae fidei, denen obrigkeitlichen in diesem Stück gleich."

11) Ldtgsverh. 1822 Bd. 3, S. 198 „Einige schreiende Beispiele der neueren Zeit haben allen Kredit der siegelmässigen untergraben."

12) Frhr. v. Aretin, Ldtgsverh. 1819 Bd. 5, S. 351.

13) Verordg. d. Reg., wonach den Stiftungen nicht mehr erlaubt wurde einem Siegelmässigen ein Anlehen aus Stiftungsvermögen zu geben. Ldtgsverh. 1819 Bd. 5, S. 351.

zur Sprache kam, lassen nicht an der fatalen Thatsache und ihren traurigen Folgen zweifeln, wie endlich die Aufhebung des Rechts der Siegelmässen zur Bestellung von Hypotheken durch die Verfassungs-Urkunde sie indirekt bestätigt.[14])

§ 8. Diese trostlosen Missstände erklären ebensowohl das Streben edler ihrem Volke wohlgesinnter Fürsten, eine Wiederherstellung gesunden Realkredits zu ermöglichen, als insbesondere der zuletzt beregte Uebelstand erklärt, dass die adeligen Grundbesitzer alles aufboten, um eine Neuordnung der für sie bislang bei einigem weiten Gewissen so bequemen Kreditverhältnisse zu hintertreiben. Thatsache ist dass der in einer Instruktion vom 16. August 1779 den obersten Landesbehörden erteilte Auftrag „für die Einführung wohleingerichteter Hyp.-Bücher zur ordentlichen Einlage der Verpfändungen und Zinsverschreibungen zu sorgen" u. s. w.,[1]) wie die am 23. April 1799 für die General-Landesdirektion erteilte gleiche Instruktion im Sand verliefen. Als Grund wurden die Kriegsverhältnisse angegeben. Das gleiche Schicksal und mit der gleichen Begründung hatten die Arbeiten der 1807,[2]) sowie der durch Edikt des Königs vom 17. Januar 1811 ernannten Kommission; und so kann es bei dem eigenartigen Geschick dieser seit nahezu zweihundert Jahren als brennend bekannten und anerkannten Hyp.-Verhältnisse nicht überraschen, dass auch die 1815 ernannte besondere Kommission nicht über die Bestimmung der Grundprinzipien hinauskam, „weil die Verfassungs-Urkunde samt den damit verbundenen Edikten die ganze Thätigkeit der Geschäftsmänner in Anspruch nahm."[3]) Freilich hatte die Verfassungs-Urkunde selbst schon insoferne Bahn gebrochen, als sie entsprechend ihrem Grundsatz der „Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze" die bevorrechtete Hypothekenwirtschaft der Siegelmässigen beseitigt hatte.[4])

So war es eine der vornehmlichsten Aufgaben des ersten Landtages 1819, den Entwurf eines Hyp.-Ges. für Bayern zu beraten. Aber noch waltete der alte Unstern über ihm. Nachklänge aus alter Zeit,[6]) Missverstehen einzelner Bestimmungen,[7]) das jahrelange Miss-

---

14) VIII. Beilage zur Verf.-Urkunde § 6.

1) Ldtgsverh. 1819 Bd. 5 S. 345 (Referent), Gönner, Einl. S. 46.

2) 1808 begann sie die Arbeiten, 1809 stellte sie dieselben ein. Ldtgsverh. 1819 Bd. 13, S. 320 f.

3) S. Anm. 2.

4) Einleitung der Verf.-Urk. Proklamation u. § 8.

5) S. ob. Anm. 14 zu § 7.

6) Puchta Vorrede, S. III.

7) Puchta sagt ebenda: „Gewisse Dinge scheinen auch schon um deswillen nicht begriffen zu werden, weil sie, was in der That von den Hauptgrundsätzen des Hyp.-Buches gesagt werden kann, zu einfach sind."

trauen, andrerseits das zähe Festhalten an alten Vorrechten, auch das schlechte Gewissen, die Scham, seine wahren Vermögensverhältnisse und etwa die zur Verheimlichung derselben vorgenommenen Manipulationen aufgedeckt zu sehen,[8]) spielten offenbar eine grosse Rolle bei dem Auffinden aller erdenklichen Hindernisse, welche der Vorlage bereitet wurden.[9])

So ging denn aus der Abstimmung der Entwurf mit einer bedeutenden Beschneidung,[10]) zugestutzt zu einer blossen Hypothekenordnung, hervor, in welcher die Regierung ihn unmöglich annehmen konnte; immerhin aber war das Prinzip der Publizität zur vollsten Anerkennung gebracht worden.[11]) Das Volk hatte sohin das lange ersehnte, lange versprochene Hypotheken-Gesetz wieder nicht erhalten.[12])

Der Landtag von 1822 endlich vollendete das Werk. Auch hier fehlte es nicht an Stimmen, welche den Grundsatz der unbedingten Publizität wenigstens zu Gunsten der Frauen und Kuranden durchbrochen wünschten;[13]) allein die unerträgliche Not der Landwirtschaft hatte die Landboten nachgerade belehrt,[14]) dass jede halbe Maass-

---

8) v. Weber. Vorrede IV u. § 6 „welche bei Einführung des Hyp.-Bücher ihre Schulden zu entdecken gezwungen würden oder unter dem Deckmantel der Dunkelheit nicht mehr von fremdem Gelde leben könnten." Ldtgsverh. 1822, S. 197, 202.

9) Eine Schrift bei Campe in Nürnberg 1819 „Ueber die Publizität der Hyp.-Briefe und den nachteiligen Einfluss derselben auf den Handel," J. B. Welsch, „Bedenken gegen das Prinzip der Spezialität" München 1819.

10) Nach Vorschlag des Referenten v. Aretin.

11) § 4 und 5 des beschnittenen Entwurfs — § 25 und 26 der Reg.-Vorlage. 10. Februar 1819.

12) Landtagsabschied v. 22. Juli 1819 (Bd. 14 S. 620) „Wir sehen uns mit Bedauern ausser Stande, dermalen schon der Nation ein Gesetz zu geben, welches als eine wesentliche Bedingung des dem Volke so wichtigen Realkredits in laufen Anspruch genommen wird."

13) Abg. Köster: „Wehe euch armen Weibern, Pupillen, Waisen u. anderen Schützlingen!" (!!) 1822 Bd. 4 S. 88.

14) Eine rührende Illustration der erbärmlichen Kreditverhältnisse liefert der Bericht des Landrichters Kummer in Eltmann. Hier war das 1819 nicht angenommene Hyp.-Buch versuchsweise eingeführt worden. Kummer berichtet nun dass v o r Ordnung des Hyp.-Wesens in seinem Bezirk gegen 60,000 fl. Kapitalien aufgekündigt waren, n a c h derselben hätten die Gläubiger mit den Hyp.-Briefen sich begnügt und die Schuldner ihre Anwesen behalten; „s e l b s t a u f z w e i t e H y p. sind schon Darlehen gemacht worden." Landtagsverh. 1822, Bd. 3, S. 186, Bd. 4, S. 129.

Und welche Hilfe muss man sich von dem Gesetz, von den Hyp.-Büchern erhofft haben, wenn ein Abgeordneter (Dorfner) in die geradezu verzückten Worte ausbrechen kann: „Dieser Gesetzentwurf lässt mich mein Vaterland im Glanze

regel[15]) die Verwirrung und das Misstrauen nur mehren würde und so wurde die Publizität uneingeschränkt zur Grundlage des „besten Gesetzes Bayerns“ gemacht.

B. Begriffs-Bestimmung.

§ 9. Der Zweck der Hyp.-Gesetzgebungen ist also Hebung und Förderung nicht unmittelbar des Kredits im Allgemeinen, sondern des Realkredits. Sie wollen und sollen dem Grundbesitzer das für die Bewirtschaftung seines Gutes in jeder Form unentbehrliche Betriebskapital zugänglich machen. Es bedarf keines Beweises, dass die Liegenschaften infolge ihrer Beschaffenheit so ziemlich das kreditfähigste Objekt sind; allein die Kreditfähigkeit, d. h. die Fähigkeit in abstracto nach Beschaffenheit und Wert ein Darlehen zu sichern, reicht nicht zu, um den Kredit thatsächlich zu eröffnen: dazu gehört weiter die Kreditwürdigkeit, d. h. die Fähigkeit in concreto die nötige Sicherheit thatsächlich zu gewähren. Will auf der einen Seite dem Grundbesitz geholfen, so darf auf der andern dem Kreditgebenden nicht geschadet werden. Es muss daher dem Letzteren die Möglichkeit gegeben und gewährleistet sein, die Kreditwürdigkeit eines Immobile zu prüfen, um bemessen zu können, ob er Kredit gewähren kann oder nicht resp. ob er hiefür genügend gedeckt ist. Diese Prüfung darf nicht umständlich und mühsam sein, und die Aufschlüsse, die er erhält, müssen absolut zuverlässig sein.

Da sich die an ihre Stelle gebundenen Liegenschaften zum Faustpfand nicht eignen, so muss es ein Institut geben, welches das beim Mobile mögliche thatsächliche Innehaben ersetzt und ebenso wie dort, nach aussen mit rechtlich bindender Kraft kenntlich macht; ein Institut, welches

---

einer neuen Morgenröte sehen. Das dumpfe Misstrauen, kalt wie ein düsterer Herbstnebel auf den Gauen von Altbaiern lastend, erzeugt durch die allgemeine Unsicherheit der Dinge und grossgezogen durch den abscheulichen Wucher der Juden, verschwindet aus den Thälern, wohin der entflohene Kredit und das offene Vertrauen zurückkehrt. Die ängstlich mit siebenfachen Siegeln verschlossenen Kisten argwöhnischer Kapitalisten eröffnen sich wieder, glänzende Schätze, welche lange Zeit hindurch wie von einem verwünschten Geiste bewacht wurden, werden zu Tage an das Licht der Sonne gefördert und entsteigen ihren Gruben, wie weiland die Altväter ihren Gräbern. Wohlan denn und Glück auf! ihr Altväter mit langen grauen Bärten, erfreut euch, eure Erlösung naht; es kommt der Messias, der euch nach langem Harren aus der Vorhalle zur Auferstehung in das Leben einführt.“ Mag man die Form besonders geschmackvoll finden oder nicht, bezeichnend ist diese Rede für die damaligen Zustände.

15) Ldtgsverh. 1819 Bd. 5, S. 422, Motive S. 15.

1. als solches schon den grösstmöglichen Glauben geniesst,
2. jedem, der zu der betreffenden Liegenschaft in Beziehung steht, oder treten will, jederzeit gegen Nachweis des Interesse zugänglich ist;
3. endlich den ganzen Bestand, die Kreditwürdigkeit einer Liegenschaft in absolut zuverlässiger Weise darthut.

Man sieht: die Hyp.-Gesetzgebung kommt äusserlich betrachtet, in ihrem Ende viel eher auf eine Sicherung des Kreditierenden hinaus und behandelt somit die Voraussetzungen statt der bezweckten Folge, aber mit Recht: denn ist dem Kapitalisten die nötige Sicherheit gewährleistet, dann und nur dann ist er geneigt, Kredit zu geben, und so fusst die Grundforderung: „Kredit dem Grundbesitz" immer wieder in der anderen Forderung: „Sicherheit dem Gläubiger!"

Zu 1. Die beste Gewähr bietet offenbar der Staat selbst, daher muss das Institut unter Leitung und Aufsicht des Staates stehen.

Zu 2. Der Zweck des Hyp.-Instituts kann nie sein, die Kreditverhältnisse der Einzelnen für das ganze grosse Publikum und für jeden Neugierigen oder Konkurrenten offen zur beliebigen Einsicht zu Tage zu legen,[1]) so wenig als es eine derartige Einrichtung für die Kapitalisten gibt und geben darf;[2]) andrerseits aber muss jedem, welcher ein Interesse nachweist, Einsicht in den Bestand eines Grundstückes gewährt werden, ohne welche eine Prüfung der Kreditwürdigkeit und sohin eine Hebung des Kredits selbst schlechterdings ausgeschlossen wäre, formelle Oeffentlichkeit, Offenheit.[3]) Um diess aber zu erleichtern, um dem Interessenten nicht die von derlei Geschäften leicht abschreckende Zumutung zu stellen, mühsam und umständlich sich die einzelnen Aufschlüsse zusammenzusuchen, um andrerseits dessen Einsichtnahme auf das zu beschränken, für was allein er ein Interesse nachgewiesen hat,[4]) ist die Vereinigung aller ein Grundstück betreffenden Vermerke an einem und demselben Orte in übersichtlicher Weise nötig: Die Vereinigung in dem nach Grundstücken, nicht nach den veränderlichen Besitzern geführten Hypothekenbuch.

Zu 3. Es ist nur eine Konsequenz dieser Zugänglichkeit des Hypothekenbuchs, dass das, was der Interessent in demselben findet, Anspruch auf unbedingte Zuverlässigkeit haben muss, dass er, nachdem er sich allein durch die Ausweise des Buches zu dem Geschäfte hat

---

1) s. oben § 1.

2) Vgl. das Todtenbuch in Kempten ob. § 5 Anm. 8.

3) Offenheit nennt sie Regelsberger Bl. f. RA. Bd. 37, S. 17.

4) „Interesse" natürlich nur mit Bezug auf das Vorhandensein von Verhältnissen, die Gegenstand von Einträgen sind oder sein können. Sammlung v. Entscheidungen des bayr. oberst. Gerichtshofs 12,130.

bestimmen lassen, nicht Gefahr läuft, gegen sich den Einwand erhoben zu sehen, die Einträge im H.-Buch entsprächen nicht oder nicht mehr der Wirklichkeit. Was könnte es Jemandem nützen, öffentliche Bücher einzusehen, wenn das Geschehene nicht geeignet wäre, eine feste Grundlage für die von ihm mit Bezug auf jenes Immobile beabsichtigten Rechtsgeschäfte zu bilden!

§ 10. Wie aber kann dies erreicht werden?

Die Konstruktion eines direkten Zwanges zur Eintragung aller einschlägigen Verhältnisse würde in unleidlicher dem bürgerlichen Rechte widerstrebender Weise in die Rechts- und Willenssphäre des Einzelnen eingreifen; es muss jedem überlassen bleiben, sein Recht zu sichern, wie es ihm freistehen muss, ein Rechtsgeschäft überhaupt abzuschliessen und hieraus sein Recht geltend zu machen oder nicht.[1]) Die nächste Folge dieser Freiheit des Thuns und Lassens aber ist, dass das Hyp.-Buch nie vollständig mit der materiellen Rechtslage übereinstimmen kann, die Einsicht desselben daher bei seiner Unzuverlässigkeit zwecklos sein und zu Täuschungen führen würde. Es muss deshalb wenigstens ein indirekter Zwang geschaffen werden, insoferne als der Berechtigte, welcher sein Recht nicht nach aussen, eben durch Eintragung in das dafür bestimmte öffentliche Buch, kenntlich macht, mit der Geltendmachung dieses Rechtes gegen jeden, der sich im Verlass auf die Vollständigkeit und Wahrheit der Ausweise des Hypotheken-Buches zu einem Rechtsgeschäft hat bestimmen lassen, ausgeschlossen wird;[2]) mit anderen Worten: das positive Recht muss das Hyp.-Buch resp. dessen Einträge, da sich das Ideal, dessen materielle Wahrheit, nicht erreichen lässt, mit formeller Wahrheit ausstatten, indem es bestimmt, dass alles, was im Buche enthalten ist, wahr, was nicht enthalten ist, nicht wahr ist: die positive und negative Seite der sog. materiellen Oeffentlichkeit.[3])

Es kommt hienach zu einer Unterdrückung des materiellen Rechtszustandes, welche unbillig und bedenklich erscheinen möchte. Allein abgesehen davon, dass das Hypothek-Recht in der Beschränkung der materiellen Oeffentlichkeit auf die Geltung gegenüber Dritten, nicht also zwischen den Kontrahenten selbst,[4]) durch besondere Vorsichtsbestimmungen (offizielle Mitteilung jeder Veränderung an den

1) Hyp.-Ges. § 96, vgl. C. P. O. § 297, 498 u. s. w.

2) Vgl. oben die geschichtl. Entwicklung § 3.

3) Regelsberger a. a. O. Bd. 37 nennt es „formelle Rechtskraft.“ Ldtgsverh. 1822, Bd. 3, S. 263.

4) Zwischen denen das Rechtsgeschäft bestehen bleibt, wenn auch nur als persönliches, s. unten § 13.

Schuldner, Voraussetzung der Entgeltlichkeit)[5]) selbst den Forderungen der Billigkeit gerecht wurde, weist das Recht aller Zeiten eine Unzahl von Fällen auf, in welchen zur Förderung der Rechtssicherheit, Beschleunigung des Verfahrens, zur Hintertreibung von Ränken u. s. f. an Stelle des nicht nachweisbaren oder nicht geltend gemachten Rechtes und Thatbestandes ein andres auf formelle Voraussetzungen gestütztes Recht gesetzt wird und werden muss.[6]) wie ja übrigens in grossen Gemeinwesen die Interessen des Einzelnen gar häufig den Bedürfnissen der Gesamtheit nachstehen müssen, sogar unter schwereren Umständen, als sie hier gegeben sind.[7]) Denn wo hier ein materiell wahres Recht wegen Nichteintragung seine Geltung nach aussen verliert, ist es zumeist Nachlässigkeit des Berechtigten, Ausserachtlassen der *diligentia quam in suis*, für welche die Nichtbeachtung dieses Rechtes gegenüber Sorgsameren die im Rechtsbewusstsein des Volkes wohlbegründete Strafe[8]) und die im Interesse der Rechtssicherheit, der Sicherheit insbes. des Eigentums gebotene Folge bildet; denn *damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur*, und *iura vigilantibus scripta*.

Inwiefern diese scheinbare Härte übrigens abgemildert ist, wird unten gezeigt werden.[9])

Schon hieraus also liesse sich die Berechtigung dieser eventuellen Nichtbeachtung des materiellen Rechtes ableiten, selbst wenn sie nicht der einzige Weg wäre, auf welchem die die Kreditwürdigkeit eines Grundstückes bedingende Voraussetzung der absoluten Zuverlässigkeit der bücherlichen Einträge geschaffen werden kann.

Dank dem den Menschen angeborenen Egoismus, einer Abart des ersten Naturtriebes, der Selbsterhaltung, ist kein Rechtsinstitut Angriffen so ausgesetzt, als der Geldverkehr. Ein Institut also, das den Geldverkehr heben und sichern will, wird um so vollkommener und vertrauenswürdiger sein, je weniger Hintertüren es findigen Ausbeutern lässt: auf unsern Fall angewendet: je klarer und konsequenter die Ausschliessung nicht verbücherter und der Schutz der eingeschriebenen Rechte durchgeführt ist, je weniger Ausnahmen zugelassen sind.

---

5) S. unten § 11,2; 13, 14, 15; HG. § 157, § 26[4].

6) Es sei nur an die praesumtiones iuris et de iure erinnert und im Prozessrecht z. B. Zustellungen § 161 I, 166, 167, 168, 186, Beweis durch Eid § 428, Versäumnis-Urteil § 296, 298, dann § 241, 296, 381, 392 402, 404, 382. C. P. O.

7) Eines der stärksten ist das Enteignungsgesetz.

8) Regelsberger will es nicht als Strafe aufgefasst haben; allein im Grund und in der Wirkung wird es dem Andern kaum anders, denn als Strafe fühlbar werden, wenn auch die Rücksicht auf die Allgemeinheit das Hauptmoment ist.

9) Vgl. unten § 11, Anm. 8.

§ 11. Als Ausnahme vom Grundsatz der Oeffentlichkeit, der formellen Wahrheit der Bucheinträge, darf es nicht angesehen werden,

1. wenn das Vorhandensein des guten Glaubens vorausgesetzt wird. Das Requisit der *bona fides* durchzieht das gesamte Rechtsleben und so insbes. das Zivilrecht, dem ja das Hyp.-Recht angehört, dergestalt und ist in dem Rechtsbewusstsein und Gerechtigkeitsgefühl des Volkes so fest begründet, dass sich ein Institut ohne Voraussetzung desselben solange nicht denken lässt, als Recht Recht ist,[1]) d. h. solange das positive Recht nicht betrügerischen Manipulationen Sanktion verleiht; ein Gedanke der des Ausspinnens kaum bedürftig ist und speziell für das Hyp.-Wesen, aus dem gerade die Kniffe und Ränke der Vorzeit ausgemerzt werden sollten, eine Paralysierung aller für die Hebung des Kredits getroffenen Bestimmungen bedeuten müsste.[2]) Im Gegenteil: Die Empfindlichkeit des mit öff. Glauben ausgestatteten Hyp.-Buches geht soweit, dass der Begriff der *mala fides*, um hievon auszugehen, nicht in der engen Bedeutung der bewussten Unredlichkeit, des *dolus*, die *bona fides* demnach als das Fehlen des *dolus* gefasst werden darf,[3]) sondern dass böser Glaube schon dann vorhanden ist, resp. der gute Glaube schon dann fehlt, wenn der mit Bezug auf das Hyp.-Buch Handelnde von einer den Bucheinträgen widersprechenden Sachlage Kenntnis hat. Um aber dieses Requisit aufzustellen, bedarf es keines eigenen positiven Rechtssatzes, dies ist vielmehr schon darin begründet, dass die formelle Wahrheit der Bucheinträge nur dem gegenüber Platz greift, welcher im Verlass auf deren Richtigkeit sich zu einer Handlung hat bestimmen lassen. Im Vertrauen auf diese Einträge handelt aber der nicht, welcher von dem zwar zum Abschluss, aber nicht zur Einschreibung (und umgekehrt) gelangten Rechtsgeschäft Wissenschaft hat: in erster Linie also die beiden Kontrahenten selbst, dann aber alle, die in irgend einer Weise beteiligt waren und Kenntnis haben.[4])

Doch auch das andre Extrem wäre mit dem Grundsatz der Zuverlässigkeit der Bucheinträge nicht verträglich: wenn man Kenntnis schon dann annehmen wollte, wo ein unverbürgtes Gerücht Einem zu Ohren gekommen ist, oder wo etwa das Hyp.-Buch Unklarheiten aufweist, „die den Einsehenden zur weiteren Nachforschung hätten veranlassen sollen;“ und wenn das Unterlassen dieser Nachforschung schon als *mala fides* ausgelegt würde. Es würde zunächst einen

---

1) S. oben § 6 Anm. 10.

2) Vgl. die Geschichte des preuss. Hyp.-Rechtes, oben § 6.

3) Bl. f. RA. 32, S. 22; 35, S. 135, Graf, Nachtrag (III) S. 53, Exner S. 84.

4) Bl. f. RA. 36, 221, Förster-Eccius preuss. Civ.-R. I S. 131, Sammlg. 9_{718}.

Riss in die Vertrauenswürdigkeit unsrer Beamten bedeuten, wenn man dem Kreditierenden, also dem Laien, eine Aufgabe zuweisen wollte, die dem Beamten zugehört, nämlich keine unvollständigen Einträge vorzunehmen, resp. auf deren Klarlegung hinzuwirken[5]) und für welche derselbe sogar haftbar ist; ausserdem aber wäre es eine Verkennung des Wesens des Hyp.-Instituts, ein Vergessen der traurigen Kreditverhältnisse, zu deren Sanierung das Hyp.-Gesetz bestimmt ist, einem, der kreditieren will, eine Zumutung zu stellen, welche wie nichts geeignet wäre, ihn von dem Vorhaben abzuschrecken, statt, wie das Gesetz will, Kredit zu eröffen.[6])

Und die Zuverlässigkeit des Buches? —

Der gute Glaube wird daher hier am besten negativ als

„die Unkenntnis von dem wahren im Hypothekenbuch nicht eingetragenen Verhältnisse“

bezeichnet werden müssen.[7])

So selbstverständlich die Voraussetzung des guten Glaubens ist, so sehr trägt sie zur Milderung der scheinbaren Härte des Formenzwanges des Hyp.-Buches bei.[8])

2. Wie das Erfordernis der *bona fides* ist auch das der Entgeltlichkeit des Geschäftes kein neuer Satz des Hyp.-Rechtes, sondern ein vom Civilrecht herübergenommener Fundamentalsatz, dass *in meliore condicione est is, qui certat de damno vitando, quam de lucro captando*, dessen Uebernahme ins Hypothekrecht um so berechtigter scheinen musste, als hier kraft des Schutzes der Oeffentlichkeit sehr häufig ein formelles Recht dem wohlbegründeten materiellen R. vorgezogen wird, so dass es allerdings der Billigkeit entsprach, dass dieser Schutz nur zur Abwendung positiven Schadens dienen sollte, nicht auch zur Erhaltung eines reinen Gewinnes.

Dieser Grundsatz, der sohin eine weitere Abmilderung der formellen Wahrheit der Bucheinträge enthält,[9]) hat auch in den meisten Rechten Geltung erlangt.[9])

---

5) z. B. b. Hyp.-Ges. § 98[1].

6) Sammlung 11,424.

7) Seuffert, Archiv Bd. 13, Nr. 239; 28 Nr. 205 Bl. f. RA. 35 S. 135. Regelsberger, Lehrbuch S. 155, vgl. u. Anhang § 33 Anm. 6.

8) Vgl. oben § 10 Anm. 9 und unten § 13[8], § 14.

9) Regelsberger, Lehrbuch § 35 S. 163. In Preussen Ges. v. 5. Mai 1872 § 9. In der Praxis wird es freilich schwer werden, Fälle einer Unentgeltlichkeit aufzufinden, viel eher vermischte. Nimmt man z. B. den Fall, dass Jemand als Legatar eine Hypothek an sich gebracht hat, weil nur der Ausweis des Buches ihn zur Annahme und dem damit verbundenen Aufwand veranlasst hat, so finden wir auch hierin Unbilligkeit, wenn ihm der Schutz des öff. Buches abgesprochen werden soll. Abgesehen davon aber: welchen Chikanen wird Einlass gewährt

§ 12. Nach diesen Ausführungen lässt sich nunmehr das Publizitätsprinzip definieren als

der Grundsatz, dass Alles das, und nur das, was in dem unter staatlicher Autorität geführten jedem Interessenten zugänglichen Hypothekenbuch formgerecht eingetragen ist, gutgläubigen Dritten gegenüber unbedingte rechtliche Geltung hat, selbst im Gegensatz zum materiellen Rechtsbestand.

So übereinstimmend die neueren Kodifikationen seit dem Vorgange Preussens, so auch das bayr. Recht, welches in § 24 die sog. formelle Oeffentlichkeit behandelt, d. h. den Grundsatz, dass

„Jeder Besitzer einer unbeweglichen Sache, jeder daraufeingetragene Gläubiger, desgleichen jeder andere, welcher wegen eines mit dem Besitzer oder Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses ein Interesse glaubhaft nachweiset, von denjenigen Stellen des Hyp.-Buches, worauf sich sein Interesse beziehet, Einsicht nehmen oder auch beglaubigte Auszüge derselben verlangen kann:"

und dass „Jedem andern ohne Einwilligung des Eigentümers der Sache die Einsicht nicht zu gestatten sei,"

und in § 25[1]) als Folge dieser formellen die Merkmale der materiellen Oeffentlichkeit gibt:

§ 25. Aus dieser Oeffentlichkeit des Hyp.-Buchs entsteht die Folge, dass jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hyp.-Wesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Hyp.-Buch befindlichen Einträgen, und im guten Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervorbringt, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind.

Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hyp.-B. eingetragen ist, zu seinem Vorteile anführen.

Wer hiedurch einen Schaden leidet, dem bleibt bloss der per-

---

wenn jeder ehrliche Erwerber eines Rechtes am Grundstück riskieren muss, dass ihm der Einwand der Unentgeltlichkeit aus reiner Bosheit entgegengehalten und er zum Prozessieren gezwungen wird! Mit Rücksicht auf die Beweglichkeit und Sicherheit des Immobiliarverkehrs wäre eher zu wünschen, das Requisit wäre vom preuss. Landrecht nicht herübergenommen worden, es hat zudem im bayr. H.-Ges. seine Einführung nicht in dem Hauptsatz des Oeffentlichkeitsgrundsatzes gefunden. (§ 26[1]). Die Rechte, in denen die Entgeltlichkeit nicht verlangt ist, s. Motive zum Entw. des B. G. B. III, S. 618. Exner, S. 67. Das österr. Recht kennt die Entg. ebenfalls nicht. (Anhang.)

1) Preuss. LdR. I, 4 § 19 enthält den gleichen Satz. Vgl. Eigent. Erw.-Ges. vom 5. Mai 72. Vgl. Regelsberger, Lehrb. S. 136.

sönliche Rückanspruch auf Schadensersatz wider denjenigen vorbehalten, der hiezu nach den Gesetzen verbunden ist."[2])

Es ist dem § 25 schon frühzeitig[3]) der Vorwurf der Unverständlichkeit gemacht und später aufrecht erhalten worden[4]) und man möchte bei der Lektüre dieser Aussetzungen und angeblichen Schwierigkeiten fast der Anschauung zuneigen: allein beim näheren Zusehen, beim Anlegen eines mehr die Praxis als die Theorie berücksichtigenden Maasstabes zeigt sich, dass dieser § nicht nur nichts verhüllt, dass er im Gegenteil Wiederholungen enthält, die allein, auch ohne § 26, einen Hinweis darauf geben, wie bemüht der Gesetzgeber war, alle Zweifel auszuschliessen.

Erteilt nämlich der § 25 nur demjenigen den Schutz der Oeffentlichkeit, welcher „im Vertrauen" auf die Bucheinträge gehandelt hat, entzieht er diesen Schutz also jedem, der sich auf dieses Vertrauen nicht berufen kann, nämlich dem, der von einer gegenteiligen Sach- und Rechtslage Kenntnis hat, so ist nach dem schon früher Erörterten[5]) überflüssig die Forderung der *bona fides* neben dem Verlangen des Vertrauens noch eigens aufzustellen: wer *in mala fide* versiert, kann nicht im Vertrauen handeln, sich nicht auf seinen subjektiven Glauben an den objektiven Glauben des Hyp.-Buchs berufen.[6]) Gerade durch die Nebeneinanderstellung beider Erfordernisse wurde eine abgeschwächte Bedeutung des Vertrauens hereingetragen, indem man versucht wurde, neben dem guten Glauben das „Vertrauen" lediglich als den Verlass, die Berufung, das Pochen auf das Hyp.-Buch aufzufassen, ohne Rücksicht ob diese Berufung eine ehrliche aufrichtige, oder gerade durch die Wissenschaft vom gegenteiligen Rechtsbestand hervorgerufene war. Das ist jedoch nicht richtig: unter „Vertrauen" ist nach der Entwicklung des Oeffentlichkeitsprinzips das ehrliche

---

2) § 4 des beschnittenen (s. ob. § 8 Anm. 10) Entwurfs hatte gelautet: „Aus dieser Oeffentlichkeit entsteht die Folge, dass Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hyp.-Buch eingetragen ist, zu seinem Vorteile anführen kann. Auch bleibt in allen Fällen ein Rechtsgeschäft unter den handelnden Personen auch ohne Inskription giltig, aber gegen einen Dritten kann es nur in Voraussetzung und Kraft der Inskription geltend gemacht werden."

3) Schon bei der Beratung von 1819 s. Verh. Bd. 13, S. 373 und die scharfe Antwort Gönners dort.

4) Regelsberger, Lehrbuch § 31, 32, Aufsatz in Bl. f. RA. 37 S. 7 u. 56.

5) S. oben § 11 Nr. 1.

6) Das österr. Gesetzbuch hat sich deshalb auch mit dem Erfordernis des Vertrauens begnügt. Auch Regelsberger, der in dem Lehrbuch (1874) nunmehr nur die Fassung des § 25 beanstandet, während er den Sinn als nicht zweifelhaft bezeichnet, hält, wenn er Vertrauen als „berechtigtes Vertrauen" auffasst, den Zusatz des guten Glaubens für überflüssig. S. 142. Vgl. Anh. § 33 zu Anm. 7.

Sichverlassen auf, das Glauben an die Hyp.-Ausweise verstanden, ehrlich ist es aber nur, wenn es auf gutem Glauben beruht.

Auch der Absatz II scheint eine Wiederholung zu enthalten nach der aus Absatz I ohnehin folgenden Begriffsbestimmung des Publizitätsgrundsatzes: denn wenn alles das als wahr gilt, was im Hyp.-B. steht, so ist selbstverständlich, dass Niemand sich damit entschuldigen kann, er habe davon keine Kenntnis gehabt. Immerhin erweist sich hier der Beisatz als praktisch zum allgemeinen Verständnis auch der Laien und zum Ausschliessen jedes Zweifels.

Abgesehen aber hievon hat der Gesetzgeber in richtiger Voraussicht der Gefahr, dass „ein System, das neu und zum ersten Mal in das Leben trete und das schärferes Aufpassen erfordere, als man im Allgemeinen erwarten könne, nicht allgemein ganz verstanden und angewendet werde, durch ausdrückliches Einsetzen der wichtigsten und gewöhnlichsten Fälle auf die Anschaulichkeit des Grundsatzes und seiner Folgen hinzuwirken gesucht“[7]) und hat ferner das, was dem Eintragungszwang im indirekten Sinn unterliegt, in einer m. E. völlig klaren Weise begrenzt.[8])

Aber selbst wenn die grammatikalische Interpretation versagen würde, so müsste die logische Auslegung: die Betrachtung der Grundgedanken, der Veranlassung des Gesetzes, die Vergegenwärtigung des Rechtes vor Erlass des Gesetzes, des wirtschaftlichen und socialen Zustandes, in welchem es wurzelt, und seiner Ziele,[9]) mit einem Worte das Zurückgehen auf die Geschichte, die um deswillen dieser Abhandlung vorausgeschickt ist, dazu führen, den Vorwurf von Gesetz und Gesetzgeber zu nehmen.[10]) Der Mensch ist nur zu geneigt, Sorgen und Elend zu vergessen, sobald er *in meliorem condicionem* gelangt ist, und so lässt sich sehr wohl erklären, dass man in einer Zeit, wo bis an achte und zehnte Stelle Darlehen auf Liegenschaften hingegeben werden, vergisst, dass es Zeiten gegeben hat, in denen man sich rühmte, dass nicht nur die aufgekündigten Darlehen stehen gelassen, sondern dass „sogar schon auf zweite Hypothek Geld angeboten“ worden sei.[11])

Es wird ferner nicht geleugnet werden können, dass mit der Entwicklung der Wissenschaft vielfach die Theorie und die Deutesucht

---

7) Gönner I, 189 zu § 26.

8) Hyp. G. § 22, § 145.

9) Dernburg, Pand. I S. 75 f.

10) l. 24 dig. 1,3. Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.

11) Bericht des Landrichters Kummer s. oben § 8 Anm. 14.

sich sehr zum Schaden des praktischen, einheitlich durchzuführenden Rechtes breit gemacht hat[12]) und so dem Rechtsunkundigen das Bewusstsein von der Sicherheit seines Rechtes angesichts der widerstreitenden Ansichten der Rechtsgelehrten zu benehmen anfängt, so dass jener immer mehr sich gewöhnt, sich auf die Schneidigkeit und Tüftelei seines Rechtsbeistandes zu verlassen. „Gewisse Dinge scheinen auch schon um deswillen nicht begriffen zu werden, weil sie, was in der That von den Hauptgrundsätzen, worauf das Hyp.-Recht beruht, gesagt werden kann, zu einfach sind," sagt ein Mann, der die neue Hyp.-Einrichtung zu prüfen Gelegenheit hatte.[13])

Es soll nicht verkannt werden, dass die Fortentwicklung des durch das Hyp.-Ges. sanierten Realkreditverkehrs wie die grossartige Ausdehnung des Verkehrs überhaupt die Auffassung von der Hyp.-Buchverfassung, wenigstens soweit sie die Uebertragung der Forderungen betrifft, beweglicher gestaltet wissen möchte; es ist auch in Bayern nach grösserer Mobilisierung gerufen worden,[14]) wie Preussen sie zum Teil durchgesetzt hat:[15]) allein diese Thatsachen können, wo es sich um Beurteilung eines vorhandenen Gesetzes und seiner Grundlagen handelt, nicht zur Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen verwendet werden.

§ 13. Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit im Einzelnen auf die Ausstellungen an dem § 25 einzugehen, es wird sich, soweit der § im Verlaufe der Abhandlung in Betracht zu kommen hat, Gelegenheit hiezu bieten. Hier genügt der Hinweis auf die Thatsache, dass der Oeffentlichkeitsgrundsatz in Bayern, wie der § 25 ihn aufstellt, vollkommen den Ausführungen entspricht, welche im Allgemeinen über diesen bedeutendsten Satz des modernen Hyp.-Rechts vorangeschickt wurden:[1]) d. h. auch das bayr. Hyp.-Ges. gewährt für alle die Handlungen, welche mit Beziehung auf das Hyp.-Objekt selbst oder auf ein an demselben eingetragenes Recht und im ehrlichen, berechtigten Vertrauen auf die Richtigkeit der Buchausweise auf Grund eines lästigen Titels, d. h. gegen Entgelt, vorgenommen werden, die Rechtsfolge, dass für die Wirkungen dieser Handlung lediglich der Bestand des Objektes in Betracht kommt, welcher im Buch vorge-

---

12) Vgl. die gegenwärtig die gesammte Presse durchziehenden Klagen.

13) Dr. Puchta, Vorrede S. III s. oben § 8 Anm. 7. Auch die Rechtsprechung stand bezeichnender Weise in Widerspruch mit den theoret. Ausführungen. Bl. f. RA. **22**,220; **34**,98; **35**,135; vgl. die Nachschriften dazu.

14) Bayr. Landtag 1869, Dr. Völk, Bd. 5 S. 118 f.

15) Eig. Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872, Grundbuchordg.

1) S. oben §§ 9, 10, 11, 12.

tragen ist, ungeachtet dieser Vortrag vielleicht der materiellen Rechtslage widerstreitet.

Bei dieser Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzips darf aber Eines nicht ausser Acht gelassen werden: der von Vielen nicht hinreichend betonte Unterschied zwischen dem dinglichen Recht und dem persönlichen Forderungsrecht; welchem letzteren durch die Einschreibung keinerlei Eintrag gethan werden soll. Es kann nicht genug betont werden, dass das zum Abschluss gelangte Rechtsgeschäft an sich zwischen den jeweiligen Kontrahenten in vollem Umfang bestehen bleibt, zwischen ihnen alle ihm seinem Wesen nach zukommenden Wirkungen äussert. Eine positive Rechtsbestimmung könnte und dürfte nie soweit in die materielle Wahrheit eingreifen, dass es die auf Grund des bürgerlichen Rechtes giltig zu Stande gekommenen Rechtsgeschäfte schlechthin aus der Welt schaffte, einem gewissen Formalismus zu Liebe: das ist und kann nicht der Zweck der Oeffentlichkeit sein. Es ist auch kein Grund hiezu vorhanden; aber das nicht zur Eintragung gelangte obwohl dem Eintragungszwang unterstehende[2]) Rechtsgeschäft besteht nur von Person zu Person, als persönliches Recht, als Obligation, und bietet sohin nur so lange und insoweit Sicherheit, als die Person sicher ist. Der Realkredit verlangt aber eine grössere, stetigere Sicherheit, eine Sicherheit durch die unbewegliche, unveränderliche Sache, und dieses, das obligatorisch bereits entstandene und bestehende Recht, wird mit der Eintragung und erst mit dieser und von dieser an zum dinglichen, die Forderung mit ihr zur Hypothek; das Recht ist losgelöst von der Person und die Haftung auf die Sache übertragen,[3]) welche dadurch also förmlich individualisiert wird. Die Folge ist, dass wenn auch jemand die Folgen der Oeffentlichkeit im Interesse der *publica fides* des Buches und des Realkredits gegen sich gelten lassen muss, ihm an seinem persönlichen Rückanspruch „gegen den, der nach den Gesetzen hiezu verbunden ist," also gegen den, welcher die unrechtmässige Bereicherung erfahren hat, nichts genommen wird.[4])

So ist auch die Uebertragung einer Hyp.-Forderung ausserhalb des öff. Buches giltig, durch Cession oder Verpfändung, vorausgesetzt, dass das Erfordernis der notariellen Verlautbarung der Erklärung

---

2) Eintragungszwang ist hier immer der indirekte Zwang, sofern die Nichteintragung den nachteiligen Folgen der §§ 25 und 26 HG. untersteht. § 22 HG. s. oben § 10.

3) Hyp.-Ges. § 1, 21, 49. Samml. 9,137.

4) Hyp.-Ges. § 25III, 50, 111, Bl. f. R.A. 39,218; 50,15. Vgl. den beschnitt. Entw. ob. § 12 Anm. 2, Eccius III § 169.

des Abtretenden erfüllt ist.[5]) Wenn jedoch die Eintragung im Buche unterlassen ist, so „muss der Cessionar die nachteiligen Folgen wider sich gelten lassen," welche aus dieser Unterlassung nach dem Oeffentlichkeitsprinzip entstehen (§ 26[4] H.G.)[6]).

In dieser Weise lässt sich auch die vielumstrittene Frage,[7]) ob der Eigentumserwerb eintragungspflichtig ist, ausser Streit setzen. An und für sich ist der Eigentumsübergang wie jedes andre Rechtsgeschäft, wenn sonst in gesetzlicher Weise abgeschlossen, an die Einschreibung in's öff. Buch nicht gebunden, um rechtsgiltig zu sein. Ein Grundstück, welches hypothekfrei ist, hat nach dem Wesen des Hyp.-Rechtes selbstverständlich im Hyp.-Buch nicht zu figurieren (§ 120 HG. § 12 Instr.), also auch seine Veräusserung nicht. Sobald jedoch Hypotheken auf dasselbe gelegt werden, tritt auch der Erwerber der Liegenschaft in Beziehung zum Hyp.-Wesen, insofern sein Grundstück es ist, das haften muss und insofern die Unterlassung der Eintragung des Erwerbs ihn der Gefahr aussetzt, dass er resp. sein Grundstück[8]) die gegen den vorigen im Hyp.-Buch noch als solcher vorgetragenen Besitzer eingetragenen Rechte gegen sich gelten lassen muss (§ 26[3]), unbeschadet natürlich immer seines persönlichen Ersatzanspruches gegen den Bereicherten.

In seinen persönlichen Ansprüchen also ist und bleibt der Nichteingetragene immer geschützt, nur bezüglich der Sicherheit ist er, auf die Person angewiesen, unter Umständen im Nachteil.

Hierdurch erfährt die scheinbare Härte des Oeffentlichkeitsprinzips eine weitere wesentliche Milderung, die nicht unterschätzt werden darf.[9])

§ 14. Das Gesetz geht aber noch weiter: Der Beteiligte kann die Nachteile des § 25 dadurch abwenden, dass er seine Rechte beim Hyp.-Amte wahrt, durch Protestation oder Vormerkung: durch Protestation, d. h. Verwahrung der Rechte, die sich nicht sogleich zur definitiven Eintragung eignen: mit der rechtlichen Wirkung, dass von ihrer Einschreibung an nichts zum Nachteil des Rechtes geschehen

---

5) Ldtgsabschied v. 1869 § 60 u. 40. Durch Not.-Ges. Art. 15 in Verbindung mit jener Vorschrift ist allerdings in sofern schon grössere Sicherheit gegeben, als der Notar zur Vermeidung eigner Haftung sich beeilen wird, die Urkunde dem Hyp.-Amt zuzuschicken.

6) Die Gefahr ist jetzt nicht mehr gross, s. vor. Anm.

7) Regelsberger, Bl. f. RA. 37 S. 67, wesentlich modifiziert in Lehrb. S. 151. Vgl. f. Sachsen Seuff. Arch. 6 Nr. 145.

8) § 26[1] Hyp.-Ges. § 54, Bl. f. RA. **31**, 90, **34**, 398 Samml. 1, 444.

9) Vgl. oben § 10 Anm. 9, § 11 Anm. 8, unten § 14. Aufzählung § 15. Landtagsverh. 1822, Bd. 4, S. 197.

kann, dessen Sicherung durch die Protestation bezielt wurde, bis die Mangels gütlicher Einigung auf den Rechtsweg zu verweisenden Parteien ein rechtskräftiges Erkenntnis des Streitrichters provoziert haben.[1])

Die Vormerkung einer Forderung ist dann möglich, „wenn die definitive Eintragung wegen Mangels an einer noch zu ergänzenden, die Wesenheit oder Giltigkeit der Handlung nicht betreffenden Formalität noch nicht zulässig ist“ und hat zwar „nicht die Wirkung einer Hyp., dient aber zur Verwahrung des Rechts auf Erwerbung der Hyp. an der Stelle, wo die Forderung vorgemerkt ist.“ Jedes Gesuch aber um förmliche Eintragung schliesst das Gesuch um einstweilige Vormerkung stillschweigend in sich, und das Hyp.-Amt ist verbunden, von einem Gesuch, wenn es nicht ganz als unstatthaft zurückzuweisen ist, das aber formell noch nicht perfekt ist, geeignete Vormerkung zu machen, selbst ohne dass dieselbe vorsorglich beantragt ist.[2])

Endlich aber sind als Milderungen und Abgleichungen nicht zu übersehen die Vorschriften unsres Hyp.-Ges., wonach von jeder Veränderung an der Person des Gläubigers dem Hypothekenschuldner von Amtswegen durch das Hyp.-Amt Nachricht zu geben ist,[3]) desgleichen die Bestimmung, dass eine förmliche Eintragung nur mit Vernehmung desjenigen, gegen welchen das Recht erworben werden soll, vorgenommen werden darf.[4])

§ 15. Hält man nun diese von dem Hyp.-Ges. gewährten Kautelen: das Erfordernis des guten Glaubens, der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes, das Unberührtbleiben der persönlichen Ansprüche, die Sicherung durch Protestation und Vormerkung und schliesslich die Amtspflicht auf Certioration der Betreffenden,[1]) sich gegenwärtig, so gelangt man um so mehr zu dem Schlusse, dass bei solchen Vorsichtsmassnahmen das Oeffentlichkeitsprinzip als solches keinerlei Ausnahme erleiden darf, und nach dem Willen des Gesetzes auch nicht erleiden sollte, dass es zwar auf das verhältnismässig kleine Feld des Hyp.-Wesens beschränkt, in diesem aber zur vollsten Geltung gelangen

---

1) H. G. § 27, 28, 29, § 92.

2) H. G. § 30, 106 und Just. M. E. v. 26. Juli 1864. II. B. 5. J. M. Bl. S. 217, vgl. § 55 der dritte Besitzer haftet für die vorgemerkten Forderungen wie für die eingetragenen.

Vgl. den Entwurf III, 84, Roth b.CR. § 182. Hier haben beide eine klarere Scheidung gefunden als der Text des Ges. sie gibt.

3) § 157 HG.

4) § 109—111 HG.

1) S. oben § 14 Anm. 4. § 13, § 11, 2.

muss: *inscriptio facit ius.* „Fest wie die Sterne am Himmel“[2]) müssen die Einträge im Buch stehen, wenn sie einmal formell richtig stattgefunden haben.[3]) So wie ich beim Faustpfand das verpfändete Mobile in der Hand habe und Jedermann mein Innehaben durch Vorzeigen der Sache beweisen kann, so muss die obrigkeitliche Thätigkeit mir die Gewissheit geben, dass mein eingetragenes Recht soviel ist, als sei es durch Besitz ausgeübt.

Thatsächlich findet sich auch im ganzen Hyp.-Ges. nicht eine einzige Ausnahme von dem strengen Prinzip der materiellen Oeffentlichkeit.[4]) Dessen Wirkung ist so ausschliessend und stark, dass die Einträge die Verjährung unterbrechen und für die Zeit ihres Bestehens unterbrochen halten. Regelsberger[5]) leugnet die Eigenschaft dieser Bestimmung als Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzips, jedoch mit Unrecht. Soll der objektive Glaube des Buches und der subjektive Glaube an das Buch nicht einen bedenklichen Stoss erhalten, so muss das Vertrauen auf die Einträge im Hyp.-B. zu jeder Zeit das gleiche sein können, es darf nicht der Beteiligte gezwungen werden, seinem Vertrauen zeitlich eine Grenze zu setzen, abgesehen davon, dass dies thatsächlich unausführbar wäre, weil bei der durch jede neue richterliche Handlung stattfindenden Unterbrechung (§ 31 HG.) der Verjährung die endliche Bestimmung des Zeitablaufs unendlich schwer und für den Laien geradezu unmöglich wäre.[6]) Danach aber stellt sich unzweifelhaft die Verjährungsunterbrechung und die Hemmung ihres Laufes als notwendige Folge des Grundsatzes der Oeffentlichkeit dar.[7])

---

2) v. Weber, § 21.

3) Samml. 11,432 Bl. f. RA. 47,116, 52,289.

4) Eine Ausnahme scheinen die Reallasten zu machen, die nach § 22[5] HG. nicht eingetragen zu werden brauchen, trotzdem sie von grossem Einfluss auf die Benützung eines Grundstücks sein können. Gönner führt (I S. 274) als Grund lediglich an, dass die Realservituten „oft unbekannt sind und auf die Realsicherheit selten einen Einfluss haben.“ Ein weiterer Grund liegt auch darin, dass die Belastung des Grundstücks mit einer Reallast für den ersten Zweck, die hypotekarische Sicherheit, nicht von Belang ist und wenn sie auch für den Erwerber Bedeutung hat, der Schutz des Erwerbers erst in zweiter Linie zu stehen kommt, endlich aber lassen sich, wie die jahrzehntelangen Prozesse beweisen, Realservituten oft unendlich schwer nachweisen und würde also die Sicherheit des Verkehrs und die Kreditfähigkeit eines Grundstücks schwer geschädigt. (Die Novelle v. 29. Mai 1886 hielt die Bestimmung aufrecht.)

5) Bl. f. RA. 37,54. Die örtliche Trennung des § 31 u. 32 ist kein Beweis. Diese finden wir aus Zweckmässigkeitsgründen öfter, z. B. Arrest in der C.P.O.

6) Vgl. Gönner zu § 32 I S.329 ff. § 25 § II pr.

7) Richtig ist, dass die §§ 21 u. 32 nicht zusammenstimmen wollen; aber so unmöglich ist ein Hineinleben in dieselben doch wohl nicht, als Regelsberger, Lehrb. S. 178 es hinstellt. Vgl. die gleichen Grundsätze im preuss. Landrecht I, 9 § 511 mit § 504.

II. Die Forderungs-Pfändung.

§ 16. Ist so das Wesen und die Bedeutung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit festgestellt, so fragt es sich,

ob diese Oeffentlichkeit auch dem zu Gute kommt, der eine Hyp.-Forderung hat pfänden lassen.

Das Hyp.-Ges. enthält eine spezielle dahingehende Bestimmung nicht, obwohl das Institut der Pfändung von Mobilien, sohin auch der von Forderungen den Gesetzgebern ebenso bekannt war, als ihnen dasselbe bei Abfassung des Gesetzes insbes. mit Rücksicht auf die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit vorgeschwebt haben muss, dass es mit Einführung des Hyp.-Ges. auch auf die Hyp.-Forderungen angewendet werden würde, weil diese bei ihrer Stabilität und Sicherheit eine zuverlässigere Deckung bieten würden als Kurrentforderungen.

Die Thatsache, dass trotzdem diese Frage eine eigene Behandlung im Gesetz nicht gefunden hat, führt unabweislich zu dem Schlusse, dass man neben den hiefür in erster Linie einschlägigen Prozessvorschriften die allgemeinen Grundsätze, die dem Hyp.-Ges. unterlegt wurden, für ausreichend hielt, um alle Fälle in sich zu fassen, welche mit Beziehung auf das Hyp.-Wesen sich denken liessen.[1])

Und wenn nun der Grundsatz der Oeffentlichkeit dahin zu definieren ist, dass alle Einträge, welche nach gesetzlicher Vorschrift formgerecht vorgenommen wurden, ob sie Begründung oder Löschung eines Rechts bezwecken, nach aussen, jedem gutgläubigen Dritten gegenüber, rechtlich vollwirksam sind, so entsteht die weitere Frage:

Ist die Pfändung einer Hyp.-Forderung einer der Akte, welche eingetragen werden müssen?

---

1. Gönner zu § 25 § II S. 275 „Das Gesetz kann alle Rechtsfolgen einzeln nicht aufzählen, es muss selbst bei manchen besonderen Bestimmungen nur im Allgemeinen hinweisen. Deswegen hat das Gesetz an dieser Stelle den allgem. Grundsatz ausgesprochen, und es ist von höchstem Interesse, denselben richtig aufzufassen.“ Vgl. übrigens Ldtgsverh. 1822 Bd. 3 S. 275 (Abg. Häcker): „dass die gewöhnliche Folge des erkannten Arrests die Eintragung im Hyp.-B. ist, weiss jeder.“

§ 22 H.-G. sagt:

„In das Hyp.-Buch müssen unter den in § 25 u. 26 bestimmten Rechtsfolgen eingetragen werden:

Ziff. 8. Der Betrag der Forderung und der Name desjenigen, welchem die Hyp. erworben wird, sowie alle daran sich ergebenden Veränderungen."

§ 145 legt klar, dass Veränderungen an den Forderungen und an der Person des Gläubigers gemeint sind.

§ 157 „Das Hyp.-Amt muss von dem Eintrage jeder an der Person des Gläubigers vorgegangenen Veränderung dem Hyp.-Schuldner Nachricht geben und dieser ist verbunden, sich hienach in seinen Zahlungen zu achten."

§ 17. Ob und inwieweit nun die Pfändung eine Veränderung an der Forderung oder in der Person des Gläubigers bewirkt, soll aus später zu erörternden Gründen auf dem Umweg der Betrachtung dieser Wirkung für

1. die Verpfändung

gezeigt werden.

Nach § 53II des Hyp.-Ges. kann der Gläubiger seine durch Hyp. versicherte Forderung einem andern im Hyp.-Buch verpfänden; die Verpfändung erlangt dadurch alle rechtlichen Wirkungen, welche nach § 25 u. 26 aus der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches entspringen.

Was zunächst die Geschichte dieses § betrifft, so war die Verpfändung der Hyp.-Forderungen im Regierungsentwurf nicht enthalten, „weil die Verpfändung keine wirkliche, fortdauernde Veränderung und ein bloss vorübergehendes Verhältnis betreffe, also nicht notwendig in der Bestimmung des Hyp.-Buchs liege, und die Sicherheit der Beteiligten bei einer Verpfändung für kürzere Dauer auf andere Art hergestellt werden könne", dann auch wegen der gefürchteten Ueberfüllung der Hyp.-Bücher.[2])

Mit dieser „andern Art" der Kenntlichmachung der Verpfändung war die Uebergabe der Hyp.-Urkunde gemeint. Ist diese auch an sich möglich, da nunmehr nach Instruktion zum Not.-Ges.[3]) § 74 ein förmliches Schuldbekenntnis, notariell gefertigt, vom Hyp.-Amt bestätigt, vorliegen muss, oder bei gesetzlichen Hyp. ein Hypothekenbrief nach § 170 f. HG. vorliegen kann, so ist zu bedenken, dass oft nur ein Teil der Forderung oder diese an verschiedene Gläubiger verpfändet

---

2) Gönner, I S. 441, vgl. § 158 des Entwurfs, der sagte: „Verpfändungen einer eingetragenen Hyp. dürfen vom Hyp.-Amt weder eingetragen noch vorgemerkt werden."

3) J.-M.-B. 1. Juni 1862 Reg.-Bl. S. 961—1074.

werden will, dass aber auch vorübergehende Veränderungen an einer Forderung schwere Folgen beim gutgläubigen Erwerb der fraglichen Hyp.-Forderung haben können, wenn sie nicht eingetragen sind und solange nicht die Verpfändung ausschliesslich durch die Aushändigung der Urkunden bewirkt wird, was nirgends bestimmt ist.

Es hat erst die Ständeversammlung auf Drängen der Reichsratskammer, welche als Nebenzweck der Hyp.-Bücher die Erleichterung des Verkehrs mit eingetragenen Forderungen bezeichnete, in Durchführung des Grundsatzes, dass das Hypothekenbuch den ganzen Bestand, die vollständigen Hyp.-Verhältnisse eines Grundstücks darthun müsse, die Bestimmung in Absatz II u. III des § 53 eingesetzt.[4])

Ist es nach diesem Prinzip richtig, dass die Einschreibung im öffentlichen Buch parallel steht mit dem Innehaben eines Faustpfandes und dieses ersetzen muss, so kann nur die Eintragung, immer natürlich die Wirkung gegen Dritte vorausgesetzt, die Verpfändung der Hyp.-Forderung bewirken und muss die Aushändigung der darüber bestehenden Urkunde neben der Eintragung für die Begründung des Rechtes ohne Belang sein, wenn sie auch ausserhalb des öffentlichen Buches das beste wenn nicht einzige Sicherungsmittel ist.[5]) Notwendig ist sie auch hier nicht.[6])

Das bayr. Hyp.-Ges. erkennt dies in § 167 an, wenn es die Beibringung der Urkunde über eine durch Cession oder sonst an der Person des Gläubigers entstandene Veränderung oder einer Löschung lediglich zu dem Ende empfiehlt, um durch Vermerk der geschehenen Veränderung auf der Urkunde selbst „künftigem Missbrauch derselben vorzubeugen“ und fortfährt:

> „doch ändert eine Unterlassung dieser ohnehin den Beteiligten obliegenden Vorsorge die Wirkungen nicht, welche aus der Eintragung in das Hyp.-Buch entstehen, indem von dieser die in . . . § 25 u. 26 bestimmten Folgen abhängen.“[7])

Der § 32 der Instruktion kann hieran nichts ändern: er hat lediglich instruktionelle Bedeutung und wird da nicht durchzuführen

4) Ldtgsverh. 1822 Beil. Bd. 1 S. 85. Verh. Bd. 10, 360, 363; 11, 146 ff. Samml. 7, S. 1034.

5) Das preuss. Recht darf nicht zum Beweise herangezogen werden; es verlangt neben der Einschreibung die Legitimation des Cessionars durch Innehaben auch der Urkunde. Vgl. Förster-Eccius I S. 657. RG. 20, 312.

6) cf. bayr. Not.-Zeitung 1882 S. 55 f.

7) Dies beweist schon der Wortlaut des § 53 II „in dem Hyp.-Buch.“ Vergl. Regelsberger, Lehrb. S. 444, 445 Bl. f. RA. 57 S. 8f. Not.-Ztg. Bd. 9 S. 325. (Entscheidung ob. Ldsg. 29./VII. 79.)

sein, wo ein Hyp.-Brief nicht vorhanden ist, wie es bei gesetzlichen Hypotheken gewöhnlich der Fall sein wird.

Die Einstellung der Absätze II u. III in § 53 beweist also soviel, dass die Verpfändung eine, wenngleich nur vorübergehende, Veränderung in der Person des Gläubigers bewirkt.

Dieser Beweis lässt sich aber auch umgekehrt führen: Der § 53 musste eingesetzt, resp. die Verpfändung einer Hyp.-Forderung hätte auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung unter den Schutz der Oeffentlichkeit gestellt werden müssen, weil sie eine solche eintragungspflichtige Veränderung hervorbringt.

§ 18. Was ist Verpfändung?

Die Verpfändung von Mobilien äussert sich in Ueberlassung des Besitzes an denselben: die einfachste, nach aussen kenntlichste, den Gläubiger am besten sichernde, ursprünglichste Art (Faustpfand).[1])

Die Verpfändung der Immobilien durch Besitzeinräumung hat sich, wie oben[2]) gezeigt wurde, im Laufe der Zeit als undurchführbar erwiesen und wurde ersetzt durch ein Verfahren, welches den Besitz in andrer, nicht minder sicherer Weise kenntlich macht.

Was die Forderungen als Objekte der Verpfändung betrifft, so bilden diese, ihre Güte vorausgesetzt, nicht minder zuverlässige Pfänder als körperliche Sachen. Da jedoch das Pfandrecht ein dingliches Recht, sohin naturgemäss im eigentlichen Sinn des Wortes auf körperliche, des Besitzes fähige Sachen beschränkt ist, das gemeine Recht nach Vorgang des röm. R. Rechte an Rechten grundsätzlich nicht kennt,[3]) so dürfte man konsequent von einem Pfandrecht an (den unkörperlichen) Forderungen nicht sprechen, sobald man mit der Bezeichnung auch die Wirkungen des regelmässigen Pfandrechts zur Anwendung bringen wollte; wenn nicht die Analogie die Beibehaltung des einheitlichen Ausdruckes für alle Objekte der Verpfändung empfehlen würde. Es gibt ein Pfandrecht an Forderungen, allein seine Wirkung ist abweichend von dem gewöhnlichen Pfandrecht.[4])

Als Auslegebehelf dient wohl auch der mit J. M. E. vom 1. Juni 1864 veröffentlichte Entwurf eines Sachenrechts Art. 442 (J.-M.-Bl. 1864 S. 210 ff.)

„Hyp.-Forderungen werden verpfändet durch Einschreibung der Verpfändung in das Grundbuch.

Die Verpfändung anderer Forderungen wird bewirkt durch Uebergabe der Schuldurkunde an den Gläubiger nach den über die Bestellung des Faustpfandes geltenden Bestimmungen."

1) S. oben § 1.

2) Oben § 1, 2.

3) Dernburg, Pand. § 262, 272, 293.

4) Insoferne lässt sich Windscheid I § 239 S. 835 Anm. 10 zustimmen, wenn er nicht die Grundsätze des Pfandrechts anwenden würde. Förster-Eccius preuss.

Nur da freilich, wo die Verpfändung einer Forderung durch die Uebergabe der Schuldurkunde geschieht, von deren Besitz die Geltendmachung der Forderung selbst abhängt (die also nicht lediglich Beweisstück ist), wie Wechsel u. s. w. kann man von einem dinglichen, einem Faustpfandrecht an der Forderung sprechen,[5]) wenn schon auch hier das Pfandrecht eigentlich nicht an der Forderung unmittelbar haftet.

Wo dies nicht der Fall ist, darf also nach dem Obigen für die Wirkungen der Verpfändung der Ausdruck „Pfandrecht" nur im weiteren Sinn, als Gattungsbegriff, gebraucht werden. Für das Wesen der Forderungsverpfändung selbst ergibt sich aus dem Vorgang des Verpfändungsaktes, aus seinen Rechtsfolgen, wie aus der Art der Durchführung des dadurch begründeten Rechtes ein Anderes. Das sogenannte Pfandrecht an Forderungen äussert sich nämlich dahin, dass der Pfandgläubiger legitimiert wird, für den Fall der Nichtbezahlung die ihm verpfändete Forderung als die seinige zu betrachten, sie an Stelle seines Schuldners geltend zu machen. Das bei dem Mangel diesbezüglicher Vorschriften im bayr. Recht heranzuziehende gemeine Recht gibt dem Pfandgläubiger die *actio utilis*, die Befugnis, die seinem Schuldner zustehende *actio* gegen den Drittschuldner *utiliter* anzustellen,[6]) nicht anders und mit der gleichen Wirkung, wie dem Cessionar gegen den *debitor cessus*.[7]) Diese Gleichstellung der Rechte aus der Cession und aus der Verpfändung weisen mit Notwendigkeit daraufhin, dass der Wirkung nach die Verpfändung ebenfalls nichts anderes ist, als die Uebertragung, Ueberlassung der Forderung selbst. Der Unterschied ist lediglich der, dass die Verpfändung eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene Cession, in ihrer Wirkung also dadurch bestimmt ist, ob die Pfandsumme am Verfalltage gezahlt wird oder nicht. Letzterenfalls ist die Cession eine vollgiltige. Bis dahin jedoch laufen zwei Rechte nebeneinander her: das des Verpfänders, der in seiner Verfügungsgewalt durch das Recht des Gläubigers beschränkt

---

Priv.-R. III § 190 S. 443 will den Pfandrechtsbegriff hier anwenden, aber „übertragen." Wozu aber Uebertragung, wenn sich ein bestimmter Begriff finden lässt?

Vgl. Kreittmayr, Annot. zu LdR. II cap. II § 2: „Die Praktiker schauen nicht soviel auf den Namen als die Sache selbst nach ihrer Wirkung an."

5) Preuss. LdR. I 20, § 281. Sächs. Bürg. Ges.-Buch § 502. Bl. f. RA. 32, 240; 34, 266; 9, 283.

6) L. 13, 2 und l. 20, D. 20, 1; l. 4, C 8, 16, l. 18, D. 13, 7.

7) L. 23 C. 4,35. Bl. für RA. 12,47; 10,37, 1 und 97; 34,266; 45,41; Sammlung 8, 62; Hellwig, Die Verpfändung u. Pfändung von Forderungen 1883, S. 34; Dernburg, Pand. II § 48 Anm. 1: „Der Verpfänder erteilt seinem Gläubiges die unentziehbare Legitimation, die verpfändete Forderung behufs Befriedigung des Anspruchs an ihn geltend zu machen." Dernb. I § 293.

ist, dieser wiederum durch das vorläufig bestehen bleibende Innehaben der Forderung durch den Verpfänder: ein Verhältniss, das zu der Bezeichnung dieser Cession als einer „cooptierenden“ geführt hat.[8]) Ein ähnlicher Fall lässt sich übrigens denken, wenn sich ein Gläubiger eine Forderung cedieren liess, die bereits verpfändet ist, was sehr wohl möglich und zulässig ist.[9]) Auch hier ist der Cessionar in seiner Verfügungsgewalt beschränkt, soweit die Rechte des Pfandgläubigers reichen. Der Unterschied ist eben der, dass die reine, unbeschränkte Cession die Forderung sofort vollständig überträgt, und die Rückübertragung nur durch Rückcession möglich ist, während bei der Verpfändung die vollständige Cession einstweilen aussteht, bis sich zeigt, ob gezahlt wird oder nicht: im ersteren Fall wird das Recht des Verpfänders wieder zum unbeschränkten ohne Rückübertragungs-Akt.

Diese Beschränkung kann indessen dem Wesen der Verpfändung als Cession nichts nehmen: letztere trägt den Grund ihres Erlöschens von vornherein in sich:[10]) kann aber ebensowohl zur vollen Cession unter Ausscheidung des jetzt einstweilen beschränkten Forderungsberechtigten werden.

Ist aber die Verpfändung einer Forderung ihrem Wesen nach eine Cession, so ergibt sich von selbst, dass mit ihr eine Veränderung in der Person des Gläubigers und, wenn nur ein Teil der Forderung verpfändet ist, auch mit dieser eine Veränderung vor sich geht.

§ 19. Die Anwendung dieser Grundsätze auf Hypotheken-Forderungen führt nun entsprechend der Eigenartigkeit des Hyp.-Instituts zu folgendem Ergebnis:

Gegenstand der Verpfändung ist eine Hypothekenforderung, d. h. eine Forderung, welche mit einem Hyp.-Recht verbunden ist, indem sie mit Eintragung in das öff. Buch durch Konstituierung eines dinglichen Rechtes auf eine fremde unbewegliche Sache gesichert ist.[1]) Es ist nun zwar zulässig, eine Forderung abzugeben, zu verpfänden

---

8) Hellwig, a. a. O. S. 53. Dernburg nennt sie „beschränkte Cession.“ Praktisch und grundsätzlich ist, wie Dernburg Bd. I S. 709 Anm. 4 mit Recht bemerkt, zwischen beiden Theorien ein Unterschied wohl nicht. Die übrigen Theorien von Mühlenbruch, Exner s. b. Hellwig S. 13.

Windscheid I § 239 Anm. 10 will gleich denen, die ein Recht an Rechten grundsätzlich anerkennen (Förster-Eccius III S. 125, Sohm) den Begriff der Cession bei der Verpfändung von Forderungen vermieden wissen. Desgl. Regelsberger Bl. f. RA. 36 S. 178; ferner 32, S. 98 f., dagegen 32, 2 f.

9) Samml. 1,5; 5,715.

10) Hellwig, § 21, S. 153.

1) § 1, § 21, § 51, 49 HG.

ohne Hyp.-Recht ausserhalb des Hyp.-Buches,[2]) und die Verpfändung ist nach den Grundsätzen des Zivilrechtes zwischen den Kontrahenten und denen, die sonst Kenntnis davon haben, rechtlich giltig:[3]) allein es liegt in der Natur der Sache, dass ein Gläubiger sich die Sicherheit, welche die Forderung geniesst, für seine Person nicht entgehen lässt. Wird also eine solche Forderung samt ihrem *accessorium*, dem dinglichen Rechte, verpfändet,[4]) so rückt hiemit, da die Verpfändung ihrem Wesen nach eine *cessio* ist, der Gläubiger bis zum Betrage seines Guthabens mit Bezug auf jene Hyp.-Forderung an die Seite des Hyp.-Gläubigers, seines Schuldners, und partizipiert kraft dieser cooptierenden Cession an dessen Forderung und damit gewissermassen an dessen dinglichem Recht am Grundstück. Die *actio utilis*, welche ihm als Pfandgläubiger zusteht, ist in diesem Falle die *actio hypothecaria*, und insoferne könnte man allerdings sein Recht als dingliches, als Pfandrecht bezeichnen, nicht aber an der Forderung seines Schuldners, weil es hieran ein dingliches Recht nicht gibt, sondern mittels und durch die Cession und die ihm durch sie an der mit dinglicher Eigenschaft ausgestatteten Hyp.-Forderung seines Schuldners eingeräumten Teilnahme an dem Hyp.-Objekt selbst.

Dieses gewissermassen dingliche Recht ist allerdings entsprechend dem Charakter der Verpfändung als beschränkter, als kooptierender Cession insolange kein reines, als es dem Schuldner möglich ist, sich und sein Hypothekrecht durch Zahlung der Pfandsumme zu befreien; die Cession wird aber zur reinen, das Einrücken in das dingliche Recht unter Beseitigung des Schuldners ein vollständiges, wenn diese Zahlung zur Verfallzeit nicht erfolgt. Wir haben hier also das Eigentümliche, dass durch die in der Verpfändung einer Forderung liegende Cession derselben wegen des mit der Forderung verbundenen dinglichen Rechts eine Art dinglichen Rechts in Form der Anwartschaft auf seinerzeitige Befriedigung aus der Substanz, dem Grundstück,[5]) für den Pfandgläubiger entsteht.

Es geht danach allerdings zu weit, die Verpfändung eine „Afterhypothek“ zu nennen:[6]) denn der Anspruch des Gläubigers richtet

2) Samml. 1,7.

3) Vgl. ob. § 13; die sonstigen Erfordernisse als erfüllt vorausgesetzt.

4) Eine Verpfändung des Hyp.-Rechts ohne Forderung ist durch die accessorische Natur der Hypothek von selbst ausgeschlossen. § 2 HG. Samml. 1,5 Not.-Ztg. 1882, 3 vgl. unt. Anhang § 33 zu Anm. 4 (vgl. dort das österr. Recht gegen den Entw. d. bürg. Ges.-B.)

5) Hyp.-Ges. § 51, 54.

6) Bl. f. RA. 32,3 wo der Begriff der Cession für die Verpfändung angenommen, aber für die Verpfändung der Hyp.-Forderung merkwürdigerweise nicht durchgeführt ist, letztere vielmehr als Ausnahme bezeichnet wird, und doch lässt sich das Prinzip so konsequent auch auf die Hyp.-Forderungen anwenden.

sich in erster Linie gegen die Forderung seines Schuldners und erhält erst durch die Cession eine Beziehung zum Grundstück; eine Forderung eignet sich aber eben so wenig wie ein Recht zu einer Hypothek;[7]) es geht aber auch auf der andern Seite zu weit, die der Hypothek ähnliche Beziehung des Pfändungsgläubigers zum Grundstück schlechthin zu leugnen,[8]) unter Berufung auf § 4 Hyp.-Ges., wonach auf die Sache eines Dritten nur mit dessen Bewilligung eine Hypothek erlangt werden kann: es wird hiebei übersehen, dass auch der Cedent in erster Linie nur seine Forderung samt ihrem Accessorium, dem Hyp.-Recht, auf den Cessionar überträgt, mit der Folge, dass nun letzterer thatsächlich das dingliche Recht und damit alle Befugnisse seines auctors ausübt, also thatsächlich eine Hypothek erhielt, ohne dass es der Einwilligung des Besitzers bedurfte,[9]) der vielmehr nur gemäss § 157 des Ges. benachrichtigt zu werden brauchte. Der Unterschied ist nur der, dass hier freilich keine neue Hypothek geschaffen worden ist, wie es wohl der angezogene § 4 voraussetzt, aber das ist auch bei der Verpfändung nicht der Fall: Auch hier rückt der Gläubiger nur in die Forderung seines Schuldners förmlich als Mitgläubiger ein. Hält man an dieser Auffassung fest, so ist das durch die Verpfändung geschaffene Recht ein Anteilrecht an der durch Hypothek versicherten Forderung und damit ein Anteilrecht an dieser durch ein Grundstück gewährten Sicherheit.

Es ist sohin diese Gestaltung der Verpfändung nicht eine Ausnahme vom obigen Grundsatz der Cessionseigenschaft derselben,[10]) sondern die richtige Folge der Uebertragung dieser Grundsätze auf die Hypothekenforderungen.

Dass hienach durch die Verpfändung eine Veränderung in der Person des Gläubigers und bei mehrmaliger Verpfändung der Forderung in ihren einzelnen Teilen auch an dieser vor sich geht, bedarf keiner weiteren Ausführung: sie muss also thatsächlich, nicht nur formell,[11]) als Cession behandelt, d. h zur Vermeidung der Folgen der Oeffentlichkeit im Hyp.-Buch eingetragen werden und müsste es auch, wenn der Abs. II und. III des § 53 nicht im Gesetz stünde;[12]) eben weil der Pfändungsgläubiger ebenso wie der Cessionar als Dritter zu betrachten ist, dem gegenüber, wenn er auch gegebenenfalls nur die Rechte

---

7) Hyp.-Ges. § 3.
8) Regelsberger, Lehrbuch S. 447.
9) Vgl. Gönner, Comm. II, 278.
10) Wie Bl. f. RA. 32, 3 behauptet ist, s. ob. Anm. 6.
11) Gönner, II, 278, 280 Bl. f. RA. 37 S. 73. 34 S. 98 u. Nachschrift.
12) § 22^{3} u. 145^{4} HG.

seines Schuldners, geltend machen kann, diese Rechte des Schuldners, seine *bona fides* vorausgesetzt, eben nur den Umfang haben, wie ihn das öff. Buch ausweist.[13])

Wie verhält sich nun hiezu

2. Die Pfändung einer Forderung?

§ 20. Die Pfändung ist dem alten röm. Recht nicht bekannt gewesen, sondern erst zur Kaiserzeit eingeführt worden,[1]) liegt also zeitlich getrennt von der Verpfändung. Ob aber trotzdem nicht schon im röm. R. eine innere Verwandtschaft zwischen beiden existierte und die Pfändung nicht aus einem Bedürfnis heraus zur notwendigen Ergänzung der Verpfändung zur Einführung gelangte, dieser Gedanke ist vielleicht nicht ohne Weiteres, lediglich unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von der Hand zu weisen.[2]) Jedenfalls ist der Gedanke im deutschen Rechtsbewusstsein ebenso begründet, wie in der Natur der Sache.[3])

Recht im subjektiven Sinne ist der durch den allgemeinen Willen anerkannte Wille des Einzelnen, d. h. das rechtliche Vermögen zu einer bestimmten Willensbethätigung. Jeder Rechtsbefugnis des Einzelnen steht als notwendiges Korrebat eine Rechtspflicht der Anderen gegenüber, jenen bei Ausübung seiner Befugnis gewähren zu lassen.[4]) In unzähligen Fällen wird diese Rechtspflicht auch erfüllt, werden diese Privatrechte freiwillig anerkannt und verwirklicht und es wäre ein ebenso idealer Zustand, als er undenkbar ist, wenn dies allenthalben geschähe. Dies ist aber nicht der Fall: Dem Recht wird sehr häufig die Anerkennung versagt, seiner Ausübung Widerstand entgegengesetzt. Dem gegenüber hätte aber das Recht keine Realität, wenn seine Geltendmachung auf die Zustimmung der dem berechtigten Gegenüberstehenden gestellt wäre; vielmehr muss dieselbe ohne und selbst gegen deren Willen erfolgen können, d. h. es muss die verweigerte Zustimmung und Anerkennung erzwungen, etwas an ihre Stelle gesetzt werden, was diese ersetzt. Der ursprünglichste, weil nächstliegende Weg hiezu war und wäre die Selbsthilfe. Da diese indessen, ganz abgesehen von der Willkür und Gewalt, welche nach

---

13) Vgl. RG. 29,214 (gegen 7,258, 8,377). Eigent. Erw.-Ges. § 38 II.

1) L. 31 dig. 42, 1 Das Rescript „divi Pii" scheint doch, da es als Ersatz der innerhalb der gesteckten Frist nicht erfolgten Zahlung, das „pignora capi" verordnet, auf die im Text angedeutete Auffassung hinzuweisen. Dernburg, Pand. I § 271, Hellwig, § 14.

2) Wie Hellwig S. 93 es thut.

3) Letzteres erkennt Hellwig selbst an. Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 251 nennt die Pfändung eine „Nachbildung des Konventionalpfandes."

4) Salkowski Inst. § 1.

dem Rechte des Stärkeren hierdurch einreissen müsste, gar häufig zur Durchführung von vermeintlichen Rechten würde dienen müssen,[5]) der Kulturstaat aber ein Interesse daran hat, die Ordnung aufrecht zu erhalten und Eingriffe in die Rechtssphäre seiner Angehörigen hintanzuhalten, so musste er es unter Ausschluss der Selbsthilfe[6]) übernehmen, durch seine Organe den Einzelnen in seinem Recht zu schützen und eventuell die thatsächliche Anerkennung des letzteren zu erzwingen. Diese Organe sind die Gerichte. „Das Recht auf die Hilfe der Gerichte ist ein unveräusserliches Attribut der Privatrechte;“[7]) *actio* = „die jedem Recht innewohnende Macht, sich gerichtlich zu bethätigen, d. h. den Gegner durch Richterspruch zur thatsächlichen Anerkennung des Rechtes zu zwingen.“[8])

Da nun trotz aller Richtersprüche ein mechanischer Zwang auf das Aussprechen der Anerkennung nicht geübt werden kann, so muss der die Verpflichtung zur Anerkennung aussprechende Richterspruch an die Stelle der verweigerten freiwilligen Anerkennung treten und diese ersetzen, d. h. es ist nun geradeso, als hätte der Angesprochene freiwillig das Recht, resp. seine damit korrespondierende Verpflichtung anerkannt.

In unserem Fall tritt sohin an die Stelle der verweigerten Verpfändung, des *pignus voluntarium*, die auf Grund Richterspruches erzwungene Abpfändung, die Pfändung, das *pignus in causa iudicati captum*.[9])

Die Unterschiede, welche zwischen beiden hervortreten und welche dazu benützt werden wollen, das scharfe Auseinandergehen derselben zu belegen, beziehen sich nicht sowohl auf die Natur der Rechte, welche aus ihnen erstehen, also auf das Materielle, als vielmehr auf die Art und Weise der Durchführung, also auf Formalien.

Wenn sonach auf Grund der Thatsache, dass nach röm. Recht die Pfändung von Mobilien durch Wegnahme derselben seitens der vom *magistratus* beauftragten *apparitores* vollstreckt und auch der

---

5) Das beweist die Schwierigkeit und Langwierigkeit, welche oft die Entscheidung der Rechtsgelehrten über das Bestehen eines Rechtes verursacht. Vgl. Anm. 6 b. LdR.

6) Decretum divi Marci l. 7. d. 48_7; l. 13 d. 4_2 „Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id quod deberi sibi putant, reposcere debent“ etc. Dernburg, I § 125. Arndts § 94. Bayr. LdR. II. T. 6. cap. § 24 „pignerationes, welche einer um seines vermeynten Rechts . . . aus eigner Gewalt verhengt,“ und annot. hiezu. StrGB. § 253. RG. in Strafs. 16_{150}.

7) Dernburg, I S. 290.

8) Salkowski, Jnst. § 23. Gareis, Encykl. § 2.

9) L. 31 dig. 42, 1.

Verkauf durch die Richter bethätigt wurde,[10]) behauptet wird,[11]) der Richter habe hier nicht als Beauftragter der Partei, sondern kraft seiner Amtspflicht, nicht als Mandatar, sondern als Vertreter des an der Wahrung der Rechte interessierten Staates, wenn auch auf Antrag der Partei gehandelt, so ist nicht abzusehen, wie dies für das Recht selbst einen Unterschied begründen soll. Wenn der Schuldner freiwillig unter Anerkennung seiner Verpflichtung dem Gläubiger pfandfähige Objekte überlässt, so hat freilich der Staat keinen Anlass einzugreifen, gleichviel ob der Anspruch bei näherem Zusehen sich begründet erweisen würde oder nicht; denn der Staat als Inhaber der Richtergewalt wird nur auf Anrufen thätig. Wird er aber angerufen, so übernimmt er, was die Durchführung des geltend gemachten Rechts und insbes. den auf den in Anspruch Genommenen auszuübenden Zwang anlangt, die Verantwortung nicht nur dafür, dass alles gethan wird, um den Anspruch nach Grund und Betrag festzustellen, sondern auch dafür, dass der festgestellte Anspruch nicht willkürlich, sondern in den Grenzen des Rechtes verwirklicht wird. Schädigt sich ein Staatsangehöriger selbst, so hat hieran der Staat kein Interesse; ruft er jedoch den Staat wegen einer Schädigung zu Hilfe, so hat dieser ebensosehr darüber zu wachen, dass dem einen sein Recht werde, als darüber, dass der Andere in seinem Recht nicht verkürzt werde.

Nur zu dieser unanfechtbaren Klarstellung setzen die Prozessordnungen eine gerichtliche oder notarielle Feststellung des Anspruchs voraus, und nur um diesen Zweck zu erreichen, nehmen die Gerichte die Pfändung selbst in die Hand; die hierin liegende Garantie ist aber in besonders hohem Grade bei der Forderungspfändung geboten, wo sich die Exekution nicht auf einen Eingriff in die Rechtssphäre des Exequendus beschränkt, die richterliche Handlung also nicht lediglich zwischen den Parteien wirkt, sondern wo Dritte am Rechtsstreite gar nicht beteiligte Personen in Mitleidenschaft gezogen werden.

Thatsächlich ist die Wirkung der Verpfändung und der Pfändung (und diese allein kommt hier in Betracht) nach röm. und gemeinem Recht vollständig die gleiche: Der Pfandgläubiger, dem die Mobilien verpfändet sind, hat nach späterem Recht[12]) ohne Weiteres die Befugnis, die Pfandsachen nach ausgebliebener Zahlung zu verkaufen; und ebenso werden die (sei es auf Grund Anerkenntnisses oder aus

---

10) L. 26 p. d. $13_{,9}$ vgl. b. Prozessgesetz vom 17. Nov. 1837 § 74. l. 2. C. $8_{,22}$.
11) Hellwig, § 14 S. 93. Dernburg, Pfandr. I S. 418—421. Dernb. Pand. I § 126.
12) L. 4 d. $13_{,7}$ entgegen dem alten R. 74 l. d. $47_{,2}$.

einer *res iudicata*[13]) gepfändeten Gegenstände nach Abfluss zweier Monate verkauft.[14]) Dass der Verkäufer in dem einen Fall der Gläubiger selbst, im andern der Richter ist, begreift sich eben aus der Aufgabe und Verantwortlichkeit des über den Parteien stehenden Staates und seiner Organe. Das Ergebnis des Verkaufs kommt in beiden Fällen dem Gläubiger zu Gute, der Ueberschuss wird dem Schuldner zurückgegeben.[15]) Der Staat pfändet und verkauft nicht für sich, nicht im Interesse der Gesammtheit, sondern für den Gläubiger, infolge des Anspruchs, welchen jener als Staatsangehöriger an den Staat hat, auf seinen Antrag.[16])

Wenn also auch bei der Pfändung das sog. Pfandrecht buchstäblich nicht vom Gläubiger selbst ausgeübt wird, sondern durch das Gericht für den Gläubiger, so ist es doch unbedenklich auch hier von Pfandrecht zu sprechen, um so mehr als die Quellen den Zustand ebenfalls *pignus in causa iudicati captum* nennen.

§ 21. Angesichts dieser inneren Verwandtschaft der Pfändung mit der Verpfändung stellt sich also die Pfändung dar als *cessio necessaria*.[1] d. h. die Cession[2]) gilt als vollzogen, die Cessionserklärung als abgegeben, sobald der Richter die Verpflichtung hiezu rechtskräftig ausgesprochen hat.[3])

---

13) qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt. l. 31 d. 42, 1.

14) l. 31 und l. 15, § 2 d. 42,1, l. 2 C. 8,22.

15) si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant. Siehe Anm. 14.

16) Um den Ausdruck „Auftrag" zu vermeiden. Dernburg gibt selbst zu, dass der Staat ein selbständiges Interesse bei der Verwirklichung der einzelnen Privatrechte nicht habe und dass er erst eintritt, wenn es verlangt wird. Der Anspruch auf richterliche Hilfe richtet sich gegen den Staat, der Staat muss dem ihn Angehenden Rechtsprechen, er beauftragt damit seine Richter. Insofern handeln freilich die Richter im Auftrag, als Vertreter des Staates, aber auf Grund des unentziehbaren Anspruchs, den das Privatrecht auf den Schutz durch den Staat hat. Für Beschädigungen durch Schuld des Richters müsste also eigentlich der Staat zur Verantwortung resp. zum Ersatz herangezogen werden können, es gibt aber auch Fälle der persönlichen Verantwortlichkeit des Richters, gerade in Hyp.-Sachen. Vgl. Hyp.-Ges. § 98, 99; und der subsidiären des Staates Bl. f. RA. 23,174; der Streit hat sonach für unsere Frage wenig Bedeutung. S. Dernburg, Pand. I § 126 Anm. 2 Vgl. für die C.P.O. die Komm. zu § 712 und Eccius II § 141 Anm. 17 u. III § 157, S. 22.

1) cf. Gönner II S. 250. Bl. f. RA. 34,98 (Entsch. 19./V. 1868 „die Ansicht, dass das in § 25 u. 26 ausgesprochene Prinzip nur bei freiwilligen Cessionen gelte, nicht aber bei einer cessio necessaria, findet im Hyp.-Ges. nirgends einen Halt"); Regelsberger, Bl. f. RA. 37, S. 74; Falkmann, Zwangsvollstr. S. 251.

2) Es ist immer die beschränkte, die kooptierende Cession zunächst gemeint.

Ein Beispiel mag dies erläutern:

A hat mehrere Forderungen ausstehen. Von diesen verpfändet er die eine seinem Gläubiger B, um diesen sicher zu stellen; seinem Gläubiger C, der ihn ebenfalls um Sicherstellung angeht, schlägt er die gewünschte Verpfändung einer anderen Forderung aus reiner Chikane ab. Beide Gläubiger haben aber das gleiche Recht auf Sicherstellung und beide würden, wenn A in gleicher Weise den C wie den B zufriedengestellt hätte, unbestritten auf gleicher Stufe stehen. Da dem C diese Gleichstellung verweigert wird, was muss er thun, um sie zu erreichen? Er wendet sich an den Richter und lässt die verweigerte freiwillige Verpfändung ersetzen durch eine richterlich erzwungene, durch Pfändung, d. h. mit Bezug auf die rechtliche Natur dieses Pfandrechts: durch *cessio necessaria*.

Soll nun der C mit dem gleich guten, gleichgearteten Recht um einer blossen Laune des A willen schliesslich schlechter gestellt sein wie der B?

Es gibt im Rechte, unvollkommen wie es als menschliche Institution ist, viel Zweifelhaftes, und so ist auch obige Frage an der Hand von Rechtssätzen teilweise bejaht worden.

Allein man kann getrost behaupten, dass überall da, wo eine nach dem Wortlaut des Gesetzes vielleicht mögliche Auffassung dem gesunden Rechtsgefühl des Volkes, von dem und für das die Gesetze gemacht sind, der *aequitas*, widerstreitet, dann nicht die richtige ist, wenn das Gesetz auch eine Auffassung zulässt, die im Einklang mit diesem Rechtsgefühl steht. Dies gilt besonders mit Bezug auf das Hypotheken-Recht, das, wie ausgeführt, um seines Gegenstandes sowohl als um der vorherrschenden Rechtsunkenntnis und der mangelnden Gewandtheit derer willen, welche das Hauptkontingent in Hyp.-Sachen stellen, einfach und fasslich gestaltet werden musste.

Das Rechtsgefühl aber stellt, um obiges Beispiel beizubehalten, den C mit dem B, stellt also die Verpfändung und die Pfändung in ihrer endlichen Wirkung als beschränkte Cession einander gleich und deshalb untersteht auch die Pfändung einer Hypothekenforderung als eine Veränderung in der Person des Gläubigers, unter Umständen auch an der Forderung bewirkend nach § 22 Ziff. 8 H.-G. dem Eintragungszwang unter den in § 25 und 26 bestimmten Rechtsfolgen, d. h. (nach Analogie des § 531 sowie mit Rücksicht auf die Exemplifizierung in § 26, bes. Ziff. 6) so, dass nicht nur vorwärts von der Eintragung an der Gläubiger gesichert ist, sondern dass er auch rückwärts sich auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Ges. berufen kann; so dass er den

Inhalt des Buches zur Zeit der Pfändung ebensowohl zu seinem Vorteil anführen kann, als er denselben gegen sich gelten lassen muss.

§ 22. Gegen diese letztere Auffassung werden nun mancherlei Bedenken erhoben, Bedenken, die, wie oben angedeutet, aus den Bestimmungen des Hyp.-Ges. selbst hergeleitet werden.

Man nimmt den geschmähten Wortlaut des § 25 Hyp.-Ges., der ja die Grundlage des Oeffentlichkeitsprinzips bildet, zu Hilfe und sagt:

1. Die Pfändung einer Hypothekenforderung stehe mit dem Hyp.-Wesen nicht in Verbindung;
2. sie sei auch keine im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung;
3. sie sei kein entgeltliches Rechtsgeschäft.

Zu 1. Dieser Einwand war, wenigstens mit Bezug auf die Verpfändung, schon bei der Beratung des Gesetzes, als es sich um Einsetzung des Abs. II und III des § 53 handelte, erhoben worden und wurde der Reichsratskammer gegenüber von der Ständeversammlung wiederholt betont.[1] Er widerlegt sich jedoch von selbst, wenn man die Pfändung einer Hypothekenforderung als *cessio necessaria* auffasst, wodurch also ein Einrücken des Pfändungsgläubigers in das Gläubigerrecht seines Schuldners als Mitgläubiger stattfindet. Hält man sich gegenwärtig, dass diese Cession, falls die Zahlung zur rechten Zeit ausbleibt, aus einer beschränkten zu einer unbeschränkten gemacht wird, und dass es sonach das Grundstück ist, welches mit seiner Substanz haftet, so wird kein Zweifel bestehen, dass hier eine Verbindung mit dem Hyp.-Wesen besteht.[2]

Zu 2 und 3. Es wird ausgeführt:[3] Der Pfändungsgläubiger habe nicht erst im Vertrauen auf die Ausweise des Hyp.-Buchs Kredit und Nachsicht gewährt, sondern nur den einseitigen Versuch gemacht, durch Beschlagnahme einer vermeintlichen Hypothekenforderung seines Schuldners Deckung für ein ihm zuerkanntes Guthaben zu erlangen; infolgedessen sei er im Falle des Misslingens nicht in dem (objektiv zu präcisierenden) Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Bucheinträge getäuscht, sondern höchstens in einer subjektiven Erwartung, die er sich selbst gebildet habe. Geschützt aber werde nur die Erwartung, welche bei entgeltlichen Rechtsgeschäften („Cession, Verpfändung") für welche es ein Charakteristikum sei, dass dem hyp. rechtl. Erwerb unmittelbar eine Aufopferung des Gläubigers entspreche, eine

---

1) Vgl. Ldtgsverh. Bd. 10 S. 354 „Nachzugeben, doch mit der Bemerkung, dass dieses im Zweck der Hyp.-Bücher nicht liege" zu § 53 Bd. 11, S. 146 f.

2) Vgl. oben § 19.

3) Graf, Nachträge III S. 55 zu § 25. Not.-Ztg. 1890 S. 19 f. Nachschr. zu Bl. f. RA. 22,220, 34,98.

conditio sine qua non für das Rechtsgeschäft selbst zu bilden pflege, nämlich dass Zug um Zug Darlehen und Sicherheit gegeben werde und werden könne.

Diese Begründung der Praxis gegenüber aufrecht zu erhalten, möchte sehr schwer fallen.

Ist nicht der Fall nicht nur nicht denkbar, sondern thatsächlich sehr geläufig, dass Jemand vorerst ohne jede oder nur gegen Sicherheit aus einem Schuldschein ein Darlehen gibt oder ein Waarenguthaben hat und erst später, etwa wegen eintretender Geldschwierigkeiten des Schuldners, sich eine vielleicht ebenfalls erst später entstandene Forderung seines Schuldners von diesem verpfänden lässt? Wo ist hier das unmittelbare Zusammentreffen der Aufopferung des Gläubigers und des hypothekenrechtl. Erwerbs als *conditio sine qua non* der ersteren? Wo ist das Vertrauen auf das Hyp.-Buch, welches der Gläubiger bei der Kreditierung gehabt haben soll? Und doch wird auch dieser späteren Konstituierung des Pfandrechts die Wirkung des § 25, dem Pfandnehmer das Vertrauen auf das Hyp.-Buch im Ernste nicht abgesprochen werden wollen.

Ferner: Wenn Jemand ein Darlehen ohne Sicherheit hingegeben und hierüber vollstreckbare Anerkenntnis-Urkunde oder rechtskräftige Entscheidung in Händen hat, hat er nicht gegenüber seinem Schuldner eine Aufopferung gemacht, welche ihm ein Recht auf Sicherstellung gibt, nicht nur unmittelbar bei Hingabe des Darlehens, sondern während der ganzen Dauer des Bestehens der Schuld?[4]) Und steht die Mangels freiwilliger erzwungene Bestellung einer Sicherheit nicht in unmittelbarem Zusammenhang, Konnexität, mit der Aufopferung, wenn erstere auch zeitlich später liegt?

Weder im ersten noch im zweiten Falle ist im Vertrauen auf das Hyp.-Buch Kredit gewährt; und doch gibt die Auffassung dem ersteren Gläubiger den Schutz der Oeffentlichkeit und versagt ihn letzterem; weder im ersten noch im zweiten Fall ist die Bestellung der Hyp. die unmittelbare Zug um Zug gewährte Folge der Aufopferung des Gläubigers, und doch wird im ersten das Erfordernis der Entgeltlichkeit als gegeben angenommen, im zweiten nicht.

Die Anschauung beruht zunächst auf einer Verkennung der für das deutsche Recht unleugbaren Verwandtschaft zwischen der Verpfändung und der Pfändung als vom Staat gewährtem Surrogat der ersteren,[5]) sie beruht aber weiter auf einer irrtümlichen, kurzsichtigen Auslegung des Gesetzestextes, indem unter der im Vertrauen auf das

---

4) Windscheid, Pand. I § 134. Dernburg, Pand. I § 167.
5) S. oben § 20.

Hypothekenbuch vorgenommenen Handlung des § 25 lediglich „Kreditierung oder Nachsicht“ verstanden, der Begriff der Handlung also so eng gefasst wird, wie es weder der Wortlaut verlangt noch das Wesen der Publizität gestattet.

In der That erstreckt sich die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches nicht nur auf Kreditieren und Nachsehen, sondern auf „alle Verhältnisse und Geschäfte, welche mit dem Hyp.-Wesen in Verbindung stehen und deshalb vermöge § 22 an die Eintragung in das öffentl. Buch gebunden sind.“[6]) Zu diesen Verhältnissen aber gehört auch die Beziehung, in welcher der Gläubiger kraft seines gesetzlichen Rechtes auf Sicherstellung zu seinem Schuldner und zu dessen Forderung steht. Dieses Recht datiert von dem Moment an, wo die *obligatio* zwischen den Kontrahenten entstanden ist und lebt fort, bis es (hauptsächlich wegen Unzureichendheit des Vermögens des Verpflichteten) sich verwirklicht bezw. verwirklicht wird. Die Handlung aber, durch welche diese Verwirklichung des Rechts auf Sicherstellung vor sich geht, durch welche die Forderung der freien Verfügung des Gläubigers entzogen und der des Pfand-Gläubigers mitunterstellt wird, durch welche sohin eine Veränderung in der Person des Gläubigers bewirkt wird, steht, wenn sie sich gegen eine Hyp.-Forderung richtet, in Verbindung mit dem Hyp.-Wesen, sie steht, weil direkt aus der *obligatio* folgend, in unmittelbarem Zusammenhang mit derselben, mit der Gegenleistung, und ist durch sie bedingt.

Entgeltlich ist also nicht bloss der Erwerb, der durch eine unmittelbare Gegenleistung Zug um Zug erkauft ist, sondern auch ein Erwerb, dem überhaupt eine entsprechende Vermögensverminderung gegenübersteht; wie es das Reichsgericht bereits anerkannt hat.[7])

Wie aber dieser rechtliche Anspruch auf Sicherstellung verwirklicht, durchgeführt wird, mit welchen Mitteln die Mitverfügung über die Forderung erlangt wird, ist für die Natur des Rechtes und der Wirkung der Handlung gleichgiltig.

§ 23. Bekanntlich bietet das Recht eine Reihe von Sicherungsmitteln, unter welchen der Gläubiger die Wahl hat.[1]) Es ist nun klar, und eine natürliche Folge der *diligentia boni patris familias*, dass dieser sich, bevor er sich auf eines dieser Mittel, also z. B. hier die Verpfändung einer verbuchten Forderung einlässt, von der Zuver-

---

6) Gönner, zu § 25 § II², s. auch Regelsberger in Bl. f. RA. 37, § 21 welcher ebenfalls gegen die zu enge Fassung sich ausspricht.

7) RG. 3_{235}; 2_{258}; 29_{246} wird auch der als entgeltlicher Erwerber angesehen, der im Wege des gerichtl. Zwanges ein Recht durch Eintragung erlangt hat. Vgl. Förster-Eccius I, 131, Anm. 16, Bd. III, S. 178, Anm. 58.

1) Windscheid, Pand. I, § 134; Dernburg, Pand. I, § 167; Seuff. Arch. 44 Nr. 261.

lässigkeit des Sicherungsmittels, hier also von der Existenz der Forderung, überzeugt. Diese Ueberzeugung erholt er sich aber nicht von seinem Schuldner, auch nicht von dessen Schuldner, sondern allein aus dem Hypothekenbuch, und dieses *muss* ihm, so wie es nach dem Gesetz konstruiert ist, diese Ueberzeugung positiv oder negativ verschaffen. Genügt ihm der Ausweis des Buches, soferne hienach nämlich die Forderung in genügender Höhe existiert, und verzichtet er infolgedessen auf die anderen Schutzmittel, so hat er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Bucheinträge gehandelt, in dem Vertrauen, dessen Berechtigung das Gesetz ihm gewährleistet.[2] Ebenso bei der *Pfändung*: auch hier kann der Gläubiger, wenn er wegen „Unzureichendheit der Mittel" seines Schuldners keine Zahlung erhält, oder nicht zu erhalten fürchten muss, unter den gesetzlich zulässigen Sicherungsmitteln wählen. Das Hyp.-Buch, welches er auf Grund Schuldtitels nach § 24 HG. jederzeit einsehen kann, weist eine seinem Schuldner zustehende Hyp.-Forderung aus und weil ihm diese ein genügendes, günstiges Sicherungsobjekt bietet, verzichtet er auf andere; mangels freiwilliger Verpfändung derselben durch seinen Schuldner aber wendet er sich an den Richter, welcher nun zwangsweise pfändet.[3]

Auch hier hat der Gläubiger nicht in der blossen subjektiven Erwartung, dass das Hyp.-Buch ihm *vielleicht* formelle Wahrheit bieten werde, pfänden lassen, sondern *weil* das Hyp.-Buch nach dem Gesetz formelle Wahrheit und eine Bürgschaft für die Zuverlässigkeit der Einträge bieten *muss*,[4] weil er nach vorheriger Einsicht desselben auf die Zuverlässigkeit des Buchausweises sich verliess, hat er unter Verzicht auf andere Mittel seines Schuldners durch Vermittlung des Staates sich jene Forderung pfänden lassen, hat also eine Handlung vorgenommen, um in Beziehung zu der Hyp.-Forderung und damit zum Hyp.-Wesen gebracht zu werden. Nicht er hat sich die Erwartung von der Existenz der Forderung gebildet, sondern das mit öffentlichem Glauben ausgestattete Buch hat ihm kraft seiner Ausweise die Berechtigung zu dem Vertrauen gegeben. Ohne diese Zuverlässigkeit des Buches hätte er eben andre Sicherungsmittel aufgesucht und vielleicht auch gefunden.[5]

„Vermeintliche" Hyp.-Forderungen aber gibt es absolut nicht. Entweder die Forderung steht im Buch, dann ist sie eine jedem gut-

2) Das wird für die Verpfändung ja auch von Graf und in Not.-Ztg. 1890 (s. ob. § 22 Anm. 3) zugestanden.

3) Vgl. Förster-Eccius Bd. III S. 551 preuss. Ges. v. 5. Mai 1872, Grundbuch-Ordnung § 88.

4) Regelsberger, Lehrb. S. 135.

5) Bl. f. RA. 37 S. 74, 34 S. 98; a. M. Not.-Ztg. 1890, S. 19 ff.

gläubigen Dritten gegenüber vollgiltige Forderung; oder sie steht nicht im Buch, dann ist sie keine Hyp.-Forderung.

Dieses Vertrauen in das Hyp.-Buch aber darf ausserhalb desselben nicht getäuscht werden, d. h. es können dem Pfändungsgläubiger Einreden dahin, dass die gepfändete Forderung bereits verpfändet oder cediert sei, nicht entgegengesetzt werden, wenn dieselben zur Zeit der Pfändung aus dem Buche nicht ersichtlich waren; denn jede Veränderung an der Forderung muss, um Dritten gegenüber rechtlich zu wirken im öff. Buch eingetragen sein (§ 22^{3} 145^{1} HG.).

Der Satz *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet,* oder hier *nemini plus iuris detrahi potest*, findet eben im Hyp.-Wesen eine Durchbrechung, indem das *habere ius* für Dritte lediglich durch das Hyp.-Buch ausgewiesen wird, mag dessen Inhalt nun mit der materiellen Wahrheit übereinstimmen oder nicht. Es kommt also hier unter Umständen darauf hinaus, dass Jemand einem andern mehr Rechte abtreten kann, als er selbst hat.[6])

Zu dem gleichen Resultat führt auch *per argumentum e contrario* folgende Erwägung:

> § 25^{II} HG. sagt: „Niemand kann die Unwissenheit dessen, was im Hyp.-Buch eingetragen ist, zu seinem Vorteil anführen."

Die im § 24 aufgestellte Befugnis zur Einsicht enthält *implicite* eine Pflicht zur Einsicht, weil die Eröffnung der Zugänglichkeit einer Bekanntmachung an die Beteiligten gleichsteht. Es ist nun kein Zweifel, dass demjenigen, der ohne Einsichtnahme vom Hyp.-Buch ein Rechtsgeschäft bezüglich einer im Buch vorgetragenen Forderung eingeht, wenn diese ausweislich des Buches seinem Gegenkontrahenten thatsächlich nicht mehr zusteht, dieser klare Vortrag des Hyp.-Buches wirksam entgegengehalten werden würde; hilft aber die Unwissenheit von den Einträgen nicht, so muss die Wissenschaft von denselben zum Vorteil angeführt werden können. Niemand wird, wenn er das Buch eingesehen hat, sich eine Forderung, welche ausweislich des Buches, wenn auch entgegen der Wirklichkeit, dem anzugreifenden Schuldner nicht mehr zusteht, verpfänden oder pfänden lassen, eben weil er sich auf die Richtigkeit der Bucheinträge verlässt und obwohl das Vertrauen unberechtigt ist; und wie ihm, wenn er trotzdem die Pfändung vornehmen liesse, die Einträge entgegengehalten würden, so muss umgekehrt der Gläubiger sich auf das Buch berufen können, wenn es einen für ihn und seine Absicht günstigen Ausweis zeigt.

Wie aber wollte die von Graf[7]) vertretene Ansicht sich des Unfugs

6) Exner, S. 42; Regelsb., Lehrb. S. 138.

7) Nachtrag zum Kommentar von Gönner.

verwehren, der durch absichtliches Pfändenlassen entstehen würde? Müssten sich, wenn Verpfändung und Pfändung so ungleich gestellt wären, nicht die Fälle häufen, in denen nicht mehr freiwillig verpfändet, sondern ruhig die richterliche Pfändung abgewartet wird, weil ja diese gegenüber vorherigen, nicht eingetragenen, daher ja auch vordatierbaren Verfügungen über die Forderung nach dieser Ansicht, welche den Satz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, hier aufrecht erhalten wissen will, eine Wirkung nicht hat?

§ 24. Das nach dem bisherigen gewonnene Resultat gründet sich, wie oben bereits hervorgehoben[1]) neben den einschlägigen Bestimmungen des bayer. Hyp.-Ges. zuvörderst auf eine Interpretation der Pfändung und der aus ihr folgenden Rechtswirkungen, welche dem natürlichen Rechts- und Billigkeitsgefühl entspringt.

Es erübrigt nun aber die Behandlung der Frage, ob das seit der Einführung des Hyp.-Ges. und insbes. das nunmehr auf Grund der Reichszivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 seit 1. Oktober 1879 geltende Prozessrecht mit dieser Auslegung und den darauf gegründeten Folgerungen in Einklang steht oder nicht.

Die in dieser Hinsicht für den Geltungsbereich der drei seit Inkrafttreten des Hyp.-Ges. in Bayern geltenden Prozessordnungen in gleicher Weise aufgestellten abweichenden Anschauungen[2]) gehen zum grossen Teil darauf zurück, dass sie dem Prozessrecht, den gesetzlichen Bestimmungen also, welche lediglich das Verfahren zur Geltendmachung eines Rechtes regeln, eine zu grosse Bedeutung beimessen gegenüber dem Zivilrecht, den Bestimmungen, welche das Recht selbst nach seinem Bestand, seiner Wesenheit und seinen Wirkungen fixieren, so dass letzteres in wesentlichen Bestimmungen nicht selten den Einflüssen des ersteren unterworfen würde.

Diese Gefahr liegt nahe, weil das Hyp.-Gesetz selbst über die Pfändung weder bezüglich deren Vornahme (wie natürlich), noch auch über deren Wirkungen ausdrückliche Bestimmungen enthält, dieselben vielmehr, wenigstens in ersterer Hinsicht, ausschliesslich dem Prozessrecht angehören; allein sie darf nicht dazu führen, die prozessrechtlichen Grundsätze der Pfändung auf Kosten zivilrechtlicher Bestimmungen *stricte* durchzuführen.

Es ist ein alter Rechtsgrundgsatz, dass ein späteres Gesetz ein früheres nur dann aufhebt, wenn es dessen Aufhebung *expressis verbis* ausspricht, oder aber, wenn es Vorschriften enthält, die mit früheren

---

1) S. oben § 21.

2) Graf, Nachtrag Bd. III S. 55; Not.-Ztg. 1890, S. 19 ff.; Bl. f. RA. 22,222 u. Nachschr., 34,101. Nachschr. 35,134; 45,41; 38,165; 52,305.

in direktem Widerspruch stehen. Andernfalls bleiben die älteren Gesetze bestehen, solange und soweit sie neben den neueren bestehen können.[3]) Dies gilt aber bei den Wirkungen eines späteren Prozessrechts auf das Zivilrecht um so mehr, weil ersteres grundsätzlich mit zivilrechtlichen Normen nichts zu thun hat. Die Folge ist, dass die prozessualen Vorschriften, soweit sie zivilrechtliche Folgen äussern, nur insoferne auf ein Zivilrechtsinstitut einzuwirken vermögen, als dessen speziellen Bestimmungen und allgemeinen Grundsätze dieser Einwirkung nicht entgegenstehen.

Das Hyp.-Recht speziell nimmt im Zivilrecht eine ganz eigenartige, selbstständige Stellung ein, indem es kraft seines Oeffentlichkeitsgrundsatzes neues Recht schaffen kann, d. h. sich unter Umständen sogar in Gegensatz zu dem Civilrecht setzt, dessen Einwirkungen sich entzieht. Um wie viel mehr muss es sich demgegenüber von dem Prozessrecht freihalten, wo es sich um Durchführung dieser spezifisch hyp.-rechtlichen Grundsätze handelt!

Ist auf der einen Seite selbstversändlich, dass das materielle Recht durch den Formalismus des Hyp.-Rechts nicht weiter leiden darf, als im Interesse des mit dem letzteren verfolgten Zweckes liegt,[4]) so ist andererseits absolut notwendig, dass das Hyp.-Recht, wo es in Anwendung kommt, kraft seiner Eigenstellung nur in und durch sich wirkt, von andern Einwirkungen aber freibleiben muss, sobald diese sich mit dieser Eigenart nicht vertragen. Es muss „in Materie und Form von einem Geiste belebt, Ein Guss sein."[5])

Es ist also unter Beobachtung dieser Grundsätze zu untersuchen, welche Vorschriften der Prozessordnungen in Anwendung zu kommen haben, wie weit sie auf das Hypothekenrecht einzuwirken im Stande sind, und mit welchen Rechtsfolgen.

§ 25. Es ist oben[1]) ausgeführt, dass die Verpfändung einer Forderung und ihr Surrogat, die Pfändung, ihrem Wesen nach sich darstellen als eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene *cessio voluntaria* bezw. *necessaria*, soferne die Gläubiger, Pfand- wie Pfändungsgläubiger, die Forderung ihres Schuldners unter der Voraussetzung der nicht erfolgten Zahlung für sich, in eigenem Namen, als eigene geltend zu machen berechtigt seien resp. ermächtigt würden. Dass diese Berechtigung bei der Verpfändung *ipso iure* nach Verfall eintritt,

---

3) Dernburg, Pand. I § 30.
l. 38 d. 1,3 sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.
4) Gönner, Komm. I, 279,4, s. oben § 13.
5) Gönner, zu § 10II, I S. 139.
1) Oben § 21, § 20 Anm. 9.

bei der Pfändung richterliche Ermächtigung erforderlich ist, sei für die rechtliche Wirkung der auf dem gleichen Grund beruhenden Handlungen gleichgiltig und finde eine Erklärung darin, dass eben die Pfändung als gegen den Willen des Pflichtigen erfolgender Eingriff in dessen Rechtssphäre grössere Garantien erheische als eine freiwillige Verpfändung und deshalb nur vom Staate durch dessen Organe vorgenommen werden dürfe.

Der Zustand von der Pfändung bis zu der Geltendmachung der Forderung, welche für unsere Darstellung allein in Betracht kommt, sei eine, allerdings noch rückgängig zu machende, also vorläufige, Veränderung in der Person des Gläubigers und infolge dessen, wenn es sich um eine Hyp.-Forderung handle, unter den Rechtsfolgen des § 25 und 26 Hyp.-Ges. gemäss § 22[a] daselbst eintragungspflichtig.

Wie verhalten sich hiezu nun

Die Prozessordnungen?

§ 26. I. Die **bayerische Gerichtsordnung** (*codex iuris bavarici iudiciarii*) von **1753** (mit den Prozessgesetzen vom 22. Juli 1819 und 17. Nov. 1837.)

Dieselbe bestimmt im 18. Kapitel § 3:

Nr. 1. „Wenn durch das Urteil ein gewisses bewegliches oder unbewegliches Gut abgesprochen wird, und der verlierende Teil dasselbe innerhalb des anberaumten Termins gütlich nicht abtritt, so soll es ihm die Obrigkeit mit Gewalt abnehmen, dem siegenden Teil einräumen und diesen dabei handhaben."

und für die Forderungspfändung ebenda

Nr. 5. „Mit der Exekution auf Aktivschulden und Forderungen soll es auf folgende Art gehalten werden, dass man nämlich den Schuldnern des verlierenden Teils bei Strafe des doppelten Ersatzes ihm nichts mehr zu bezahlen, sondern das Geld entweder dem obsiegenden Teile selbst oder der Obrigkeit gegen Schein auszuliefern aufträgt, wo man zugleich auch dem *exequendo* die seiner Aktivforderungen wegen in Händen habenden Dokumente abfordert oder wegnimmt, oder wenn er dieselben nicht mehr hat, die Obligation *ex officio* kassiert und dem Schuldner einen gerichtlichen Mortifikationsschein ausfolgen lässt."

Diese Stellen lehren Folgendes:

1. Voraussetzung der Exekution ist das Vorliegen eines Vollstreckungstitels, d. h. der Nachweis, dass der Anspruch des Gläubigers amtlich festgestellt sei. Dass die Form dieser Feststellung meist ein richterliches Urteil war und ist, ist natürlich, da der Gläubiger bei der Widerspenstigkeit seines Schuldners kein anderes Mittel zur amtlichen Feststellung seines Anspruches hat. Das Urteil steht, was seine Wirkung anlangt, auf gleicher Stufe, wie die freiwillige Anerkennung, welche der Verpfändung zu Grunde liegt, und seine Voraussetzung beruht, wie schon mehrfach hervorgehoben, auf den Garantien, welche der Staat als höchste Autorität bieten muss, sobald er für das Recht eines ihn anrufenden Unterthanen eintritt.

2. Die Forderungspfändung war ursprünglich so gedacht, dass der Drittschuldner auf das an ihn ergangene Gebot freiwillig an den Pfändungsgläubiger zahlen, oder das Geld der Obrigkeit zur Aushändigung an ersteren übergeben werde. War dies der Fall und es scheint in der That die Regel gewesen zu sein, so waren Schuldner und Drittschuldner liberiert, ohne dass es einer Klage des Gläubigers gegen letzteren, und einer Ermächtigung hiezu bedurfte. Die Gerichtsordnung enthält über diese Klage gegen den Drittschuldner nichts, ein Beweis für die Richtigkeit vorstehender Aufstellung. Der Drittschuldner erhält einen Schein (Quittung) und falls etwaige Dokumente über die fragliche Schuld nicht beigebracht werden können, einen Mortifikationsschein bezüglich dieser.

Aus dem Wortlaut des in Nr. 5 dem Drittschuldner erteilten Auftrags, an den Pfändungsgläubiger zu zahlen mit der oben erörterten Wirkung, ergibt sich die Folge, dass mit der Pfändung an die Stelle des ursprünglichen ein andrer, nämlich dessen Gläubiger getreten resp. gesetzt worden ist, welcher ohne Weiteres die Zahlung durch den Drittschuldner, falls diese auftragsgemäss freiwillig erfolgt, entgegenzunehmen berechtigt ist; aus dieser Befugnis geht aber notwendiger Weise weiter hervor, dass wenn der Drittschuldner der Aufforderung keine Folge gibt, der Pfändungsgläubiger das Recht haben muss, diesen zur Zahlung, die er anzunehmen nach obiger Stelle berechtigt wäre, zu zwingen, d. h. zwingen zu lassen, selbst wenn dies in der Gerichtsordnung nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Es liegt also in jenem richterlichen Auftrag namentlich mit Bezug auf die in ihm einzig vorgesehene Möglichkeit der Zahlung an den Gläubiger eine förmliche Cessionsverfügung des Richters; eine Verfügung, welche bei Nichtbefolgung des Auftrags sich zu einer Ermächtigung des Gläubigers, die Forderung nunmehr klagend geltend zu machen, verwandelt. Diese Klage ist wiederum nichts anderes als die *utilis actio* des Cessionars. Man muss aber auch hier annehmen,

dass, weil ja der Staat ein Interesse an der Verwirklichung eines Rechts nur hat und zu derselben mitwirkt, wenn die freiwillige Verwirklichung versagt wird, der Exequendus auch nach der Exekution noch unter Mitübernahme der Kosten natürlich sich und den Drittschuldner befreiend zahlen kann,[1]) trotzdem er vor der Exekution von dem Richter, bei Mitteilung der Anrufung des Gerichts durch den Gläubiger, zur freiwilligen Zahlung innerhalb einer bestimmten Frist „bei Vermeidung der Exekution" aufgefordert wurde (Zahlungsbefehl).[2]) Immerhin aber kann diese nachträgliche Zahlung illusorisch gemacht werden durch die vorgängige Zahlung des Drittschuldners, der sich der ihm peinlichen Sache entledigen will. Und deshalb halte ich die Forderungspfändung nach der bayr. Gerichtsordnung für eine Cession, die als erforderlich behauptete Ermächtigung[3]) zur Ausklagung des Drittschuldners lediglich für eine gerichtliche Bestätigung, dass dem Gläubiger die Forderung gepfändet von Gerichtswegen cediert sei.

Der Aufrag, Arrest,[4]) musste gemäss § 156 Hyp.-Ges. auf Veranlassung des zuständigen Richters im Hypothek-Buch „vorgemerkt" werden. Es möchte sich fragen, ob nicht der Ausdruck „Vormerkung" für diese Einschreibung unglücklich oder sogar unrichtig ist. Gönner selbst findet dies bei der Verpfändung.[5]) Eine Vergleichung mit den bei Gönner[6]) einander gegenübergestellten Erwägungen der Regierung für Nichtaufnahme, und der Stände für Aufnahme der Verpfändung in § 53 gibt vielleicht die Aufklärung: Mit Rücksicht auf den gewöhnlich vorübergehenden Zustand[7]) der Verpfändung (und Pfändung) glaubte man nicht einen definitiven Eintrag, sondern nur eine vorläufige Einschreibung gewähren zu sollen, indem man ganz richtig die Verpfändung als noch keinen definitiven Forderungsübergang und damit zum definitiven Eintrag als ungeeignet ansah, ohne indes zu bedenken, dass die Verpfändung selbst ein in sich abgeschlossenes Rechtsinstitut ist, das eben nicht weiter wirkt, als es wirken kann, ferner dass die Veränderung in der Person des Gläubigers wenn auch

1) Das scheint auch die Analogie des § 22 des Prozessges. von 1837 zu gebieten, wonach der Schuldner in der Zeit von der Auspfändung bis zur Versteigerung noch Zahlung leisten kann mit der Folge der Befreiung der gepfändeten Gegenstände.

2) § 30 I und 31 Prozessges. v. 1819.

3) Seuffert, Komm. zur Ger.-Ordg. Bd. IV, 301; Bl. f. RA. 37,372.

4) Die Ger.-Ordg. wendet den Ausdruck selbst nicht an; es ist übrigens nur der Vollstreckungsarrest gemeint.

5) Gönner, Komm. II S. 280.

6) Gönner, zu § 53 I S. 441.

7) Der bekanntlich die Regierung dazu geführt hatte, die Verpfändung aus dem Entwurf wegzulassen. S. oben § 17 Anm. 4 und vor. Anm.

vorübergehend, immer eine Veränderung ist[8]) und der § 22 Ziff. 8 eine Zeit für die Dauer derselben als Voraussetzung für den Eintragungszwang nicht vorgeschrieben hat. Gerade der Widerspruch mit § 22 macht den Ausdruck „vormerken" besonders störend. In der Sache selbst ist freilich die blosse Vormerkung, die also mehr als vorübergehende Einschreibung, denn als Vormerkung im technischen Sinn des Hyp.-Ges. aufzufassen ist, unbedenklich, weil ja thatsächlich der Zustand von der Arrestanlegung bis zur Beitreibung der Forderung ein vorläufiger, durch freiwillige Zahlung zu beseitigender ist, und weil andrerseits Protestationen und Vormerkungen ebenfalls hinreichenden Schutz gewähren.[9])

Das Ergebnis ist also:

Durch den Vollstreckungsarrest der Ger.-Ordg. wird eine Aenderung in der Person des Gläubigers bewirkt; der Arrest muss als solcher nach der Spezialbestimmung des § 156 H.-G.[10]) und muss nach der Generalbestimmung des § 22 Ziff. 8 eingeschrieben werden, und erfährt hierdurch den Schutz der Oeffentlichkeit.

Was das zu dieser Wirkung erforderliche Vertrauen auch bei der Exekution anlangt, so finden die hierüber oben[11]) gemachten Ausführungen hierher volle Anwendung. Dieselben werden illustriert durch eine Bestimmung des Prozess-Ges. von 1819,[12]) wonach der Gläubiger (§ 30) „mit dem Anrufen um Exekution das Exekutionsobjekt bei Verlust seines Vorschlagsrechtes zu benennen hat."

Vergegenwärtigt man sich, dass der Gläubiger alles daransetzen wird, das richtige, d. h. das für ihn günstigste Exekutionsobjekt vorzuschlagen, dass er also, wenn er eine für seinen Schuldner im Hyp.-Buch vorgetragene Hyp.-Forderung benennt, sich sicherlich vorher aus dem öff. Buch über die Forderung, ihre Freiheit von Belastungen u. s. w. vergewissert und um dieser Ausweise willen auf andere Vermögensobjekte als Sicherungsmittel verzichtet hat, so hat eben das Hyp.-Buch ihn zur Wahl gerade dieses Objekts veranlasst, weil er ebenso die Freiheit der Forderung im Hyp.-Buch für sich zum Vorteil anführen kann, als er die Belastung derselben in dem Buch gegen sich müsste gelten lassen.[13])

---

8) Gönner, „Dieser gewiss zuverlässige Kenner der Intentionen d. Hyp.-Ges." (s. Bl. f. RA. 46. Plenar-Entschdg.) erkennt dies in Komm. II S. 278 an. Regelsberger, Lehrb. S. 83/84.

9) § 28, 30III, 55, 56 HG. vgl. oben § 14.

10) Derselbe ist aufgehoben durch Art. 235 Ziff. 10 des bayr. Ausf.-Ges. zur CPO. u. KO. vom 23. Febr. 1879.

11) Oben § 23.

12) Ebenso § 71 Prozessges. v. 1837.

13) So oben § 23 nach Anm. 6.

II. Die Prozessordnung von 1869.

§ 27. Auch die bayr. Prozessordnung setzt für die Vollstreckung eine vollstreckbare Urkunde voraus: Entscheidungen der Gerichte, die ihnen gleichgestellten Urkunden und die Urkunden der bayrischen Notare.[1]) Jedoch ist für dieses Erfordernis, wenigstens was die Hyp.-Forderungen anlangt, nunmehr mit § 60 des Landtagsabschieds vom 29. April 1869 und Art 14 Not.-Ges. ein Aequivalent dadurch geschaffen worden, dass auch freiwillige Verpfändungen von Hyp.-Forderungen an die amtliche, nämlich notarielle Beurkundung der Erklärung des Verpfändenden gebunden sind.

Vorgenommen werden die Vollstreckungshandlungen durch den von der betreibenden Partei beauftragten Gerichtsvollzieher (Art. 837), also nicht nur die Mobiliarpfändung, sondern auch die Arrestanlegung.

Auch hier hat der Gläubiger die Wahl unter den überhaupt (Art. 856) zulässigen Vollstreckungsmitteln (859) und beginnt das Vollstreckungsverfahren damit, dass dem Schuldner ein „Befriedigungsgebot" zugestellt wird, d. h. die Aufforderung zur freiwilligen Zahlung, welche allerdings hier von der Partei durch den Gerichtsvollzieher (842) dem Schuldner zukommt. (Vgl. CPO. § 744.)

Die Pfändung einer Forderung nennt die Prozess-Ordg. Arrest (856[3]), Vollstreckungsarrest.[2]) Dieselbe kann erfolgen, der Arrest kann angelegt werden unmittelbar nach Zustellung des Befriedigungsgebotes (971) und zwar durch einen auf Betreiben des Gläubigers dem Drittschuldner zuzustellenden Gerichtsvollzieherakt, welcher neben Angabe aller näheren Umstände die Erklärung enthalten musste,

Art 972, 4. „dass bis zum Belauf der (zu spezifizierenden) Beträge die dem Arrestbeklagten gegen den Drittschuldner zustehende Forderung mit Beschlag belegt werde und dem entgegen keine Leistung an den Arrestbeklagten oder auf dessen Anweisung mehr gemacht werden dürfe"

nebst der Aufforderung (Zff. 5) sich innerhalb 8 Tagen über die mit Arrest belegte Forderung zu erklären.

Sobald der Arrest angelegt war, konnte der Arrestbeklagte über die Forderung ohne Zustimmung des Arrestklägers nicht mehr wirksam verfügen. (974) Der Drittschuldner aber konnte sich dadurch befreien, dass er die fragliche Summe bei dem zuständigen Gericht hinterlegte. (979)

---

1) Art. 821, 822 Prozessordg. Art. 80 Not.-Ges.

2) Sie kennt daneben noch den Sicherheitsarrest (Art. 1002), gleichbedeutend mit dem jetzigen Arrest nach § 796 f. CPO.

Der Unterschied zwischen diesen und den Bestimmungen der alten Ger.-Ordg. sind ersichtlich:

Die Aufforderung an den Drittschuldner geht dort auf Zahlung an den Gläubiger, hier auf Nichtzahlung an den Schuldner. Der Drittschuldner kann also nicht mehr direkt an den Pfändungsgläubiger bezahlen, es wird ihm nur verboten, an den Exequendus zu bezahlen; das *arrestatorium*: — er kann höchsten deponieren. Dies begreift sich daraus, dass eben, wenn das Gericht als Staatsbehörde mit der Verwirklichung eines Privatrechtes sich zu befassen begonnen hat, es auch seiner Verantwortlichkeit wegen dasselbe bis zu seiner Erledigung in der Hand behalten soll und überwacht.

Der Arrest auf eine Forderung geht infolgedessen darauf hinaus, dass der Gläubiger mit Hilfe einer Gerichtsperson dem Schuldner die Verfügung über die diesem zustehende Forderung entziehen kann.

Wie charakterisiert sich aber nun der Zustand, der durch diese Beschlagnahme, wie die Prozess-Ordg. es nennt, mit Rücksicht auf die Forderung entsteht?

Der Schuldner kann nicht verfügen, der Drittschuldner an jenen nicht zahlen. Es wird also dem Schuldner die mit dem Innehaben einer Forderung sonst verbundene Verfügungsgewalt über diese Forderung entzogen, aber nur insoweit, als sie durch den Arrest berührt wird (974 I), und insolange, als er nicht durch freiwillige Genügeleistung die Einstellung der Vollstreckung erwirkt (871[1]); d. h. die Forderung wird durch den Arrest präpariert für die später bei Ausbleiben der Zahlung erfolgende Einweisung, die später durch letztere erfolgende vollständige Cession wird jetzt einstweilen vorbereitet und angekündigt dadurch, dass, wie beim Immobile in alter Zeit der Gläubiger sich darauf setzte, neben den noch als Inhaber der Forderung geltenden Arrestbeklagten der Arrestkläger als Berechtigter tritt, welcher sich mit jenem insofern in die Verfügung über die Forderung teilt, als derselbe zwar Inhaber bleibt, der Gläubiger aber seine Zustimmung geben muss, wenn über die Forderung verfügt werden will. (974)

Dass der Arrest erst der gerichtlichen Anerkennung bedarf, welche durch eine innerhalb 8 Tagen gegen den Arrestbeklagten anzustellende Klage erreicht werden muss (980), kann an diesem durch die Arrestanlegung hervorgerufenen Wirkungen nichts ändern. In Betracht kommt diese Klage um deswillen, weil ihr Zweck nicht nur die Rechtfertigung des Arrestes, sondern zugleich die Erlangung der Einweisung in die beschlagnahmte Forderung ist (980). Mit dieser Einweisung tritt nämlich der Arrestkläger bezüglich der eingewiesenen Forderung dem Drittschuldner gegenüber in alle Rechte des Arrest-

beklagten (985), d. h. er kann die Forderung seines Schuldners klagweise geltend machen. Ist hierdurch eine vollsändige Beseitigung des ursprünglichen Gläubigers ausgesprochen zu Gunsten des Pfändenden, so ist selbstverständlich, dass das Vorstadium der Einweisung, der Arrest, die Beschlagnahme, zum mindesten eine vorläufige Veränderung in der Person des Gläubigers bewirkt.[3])

Das Resultat ist also auch hier Zweiteilung in der Person des Gläubiger-Schuldners, indem der Gläubiger in Anwartschaft der spätern Einweisung eine wenigstens prohibitive Verfügungsgewalt über die Forderung besitzt; Veränderung in der Person des Gläubigers, Eintragungszwang nach § 22. Zff. 8 Hyp.-Ges., wo es sich um Hyp.-Forderungen handelt, auch wenn nicht in Art. 974II ausdrücklich die Vormerkung des Arrestes, ebenfalls nur auf Betreiben des Gläubigers, gestattet wäre.

Die Folgen sind dieselben wie sub. I[4])

§ 28. Zu grossen Meinungsverschiedenheiten[1]) führte nun bezüglich beider Prozessordnungen die Frage nach der Rangordnung der Gläubiger teils nach der Prioritätsordnung von 1822 teils nach Art. 938 Proz.-Ordg. Soweit sich aber dieser Streit auf unsere Frage bezieht, regelt sich dieselbe in erster Linie nach dem Hyp.-Ges. Nach diesem ist der Vorzug der Forderungen und aller sonstigen Einträge und Vormerkungen im Hyp.-Buch nur nach der Zeit der Einschreibung zu beurteilen.[2]) Was nicht eingeschrieben ist, hat Dritten gegenüber keine Wirksamkeit und es ist eine einfache und notwendige Folge des Oeffentlichkeitsprinzips, dass nur die Eingeschriebenen und diese nur in der im Buch eingehaltenen Reihenfolge zum Zuge kommen.

Wenn also hier durch Pfändung einer Forderung an der Person des Gläubigers eine Aenderung dahin vor sich geht, dass neben diesen ein anderer, nämlich dessen Gläubiger tritt, so ist klar, dass dieser Pfändungsgläubiger aus der Forderung seines Schuldners und in dem Range, an welchem jene steht, innerhalb der Forderung aber an der Stelle, an welcher er steht, befriedigt wird.

Hienach lösen sich für unserm Fall die Streitfragen.

3) Vgl. Regelsberger, Lehrbuch S. 83 f. Gönner, II S. 278, 284.
4) A. M. Bl. f. RA. 38,165; Samml. 3,560 s. jedoch Gönner II zu § 156 HG.
1) Bl. f. RA. 32,1 ff. und 116.
2) § 23, § 59 HG., Bl. f. RA. 48,22, Samml. 9,718.

III. Die Reichs-Civilprozess-Ordnung von 1877.

§ 29. Die Civilprozess-Ordnung hat in richtiger Würdigung der Unzuträglichkeiten, welche in den bisherigen Rechten aus der verschiedenen Bedeutung und strittigen Wirkung der Pfändung bei Mobilien und bei Forderungen zu Tage traten, diesen Zweifeln dadurch ein Ziel gesetzt, dass sie einen materiellrechtlichen Grundsatz von einschneidender Wichtigkeit für das ganze Reich aufstellte[1]: Den Grundsatz, dass durch die Pfändung ein Pfandrecht begründet werde; (§ 709) ein Satz, der in der Kommission als im Gegensatz zu den meisten deutschen Prozessordnungen stehend lebhafte Anfechtung gefunden hatte, schliesslich aber mit grosser Majorität angenommen wurde. Der Einheit des Rechtslebens ist damit ein bedeutender Dienst erwiesen. Der Satz gilt, als materiellrechtlicher Grundsatz, der sich mit dem Vorgange der Pfändung selbst nicht befasst, natürlich ebenso für Forderungen, auch an ihnen wird dem Pfändungsgläubiger ein Pfandrecht erworben.[2])

Die Motive begründen dies zu § 658, Abs. 2 folgendermassen:

> bei beweglichen körperlichen Sachen wird die Pfändung dadurch bewirkt, dass der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. Werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, dass Maassnahmen getroffen sind, um den Akt der Pfändung für Dritte erkennbar zu machen (§ 712, 713). An Forderungen ist zwar kein Besitz, aber etwas der Besitzergreifung entsprechendes möglich, so dass Dritten gegenüber auch bei Forderungen ersichtlich gemacht werden kann, dass dieselben der Disposition des Schuldners entzogen sind."

Die Konstituierung nun dieses Pfandrechts durch Pfändung ist wiederum[3]) abhängig von der vorherigen Feststellung des Anspruchs selbst, von einem rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil (§ 644), welches den wichtigsten und zugleich den Grundtypus der in der C.P.O. anerkannten Vollstreckungstitel bildet, oder einem sonstigen in § 702 vorgesehenen Vollstreckungstitel: Liegt dieser vor, so wird die Pfändung von Forderungen, welche

---

1) Struckmann-Koch, v. Wilmovski-Levy, Gaupp, Seuffert, Reinike zu § 709. CPO. RG. 20_{369}, 29_{246} f. Eine neue Entstehungsart des Pfandrechts ist dies aber nicht, da nur das alte gemeinrechtliche pignus iudiciale widerhergestellt wird.

2) Vgl. den Wortlaut § 708, § 730 ff.

3) S. oben § 26 I und § 27 II.

entgegen der Bestimmung der Prozessordnung von 1869[4]) dem Gerichtsvollzieher abgenommen und dem Vollstreckungsgericht zugewiesen ist (§ 729)[5]), bewirkt durch Zustellung eines Gerichtsbeschlusses[6]) an den Drittschuldner, worin demselben verboten wird, an den Schuldner, seinen Gläubiger, zu zahlen (*arrestatorium*). Daneben hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten (§ 730), jedoch ist die Zustellung des „*arrestatorium*", wenn sie auch durch den Gerichtsvollzieher an den Schuldner „sofort" (§ 730 II), d. h. sofort nach Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner, zu bewirken ist, zur Entstehung des Pfandrechts nicht erforderlich.[7]) welche vielmehr nach § 730 III ausschliesslich durch Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner bedingt ist, so dass die Unterlassung der Zustellung an den Gläubiger-Schuldner für diesen höchstenfalls einen Anspruch gegen den säumigen Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens begründet.[8]) Das Verbot an den Drittschuldner und das Gebot an den Schuldner bilden nur die für die Pfändung der Forderung vorgeschriebene Form, civilrechtliche Wirkungen haben sie neben der Erzeugung des Pfandrechts nicht[9]), im Gegensatz zum früheren Recht, wo ihr Inhalt für die Wirkungen bestimmend war.[10]) Das dem Faustpfandrecht an Mobilien entsprechende Besitzergreifen der Forderung wird eben durch die Zustellung an den Drittschuldner ersetzt.[11])

Die Pfändung erzeugt also Pfandrecht.[12]) Die Geschichte des § 709 (§ 658 des Entwurfes) zeigt uns nun, dass sich der Entwurf mit der Konstituierung des Pfandrechtes begnügt hatte, die Wirkungen desselben den in den Bundesstaaten geltenden Civilrechten überlassend; dass jedoch wegen der verschiedenen Regelung der Wirkung des Pfandrechts in den einzelnen Rechten im Interesse der Rechtseinheit und -Sicherheit eine die Rechtsfolgen der Pfändung Dritten gegenüber

4) Vgl. oben § 27.

5) Damit ist zu dem vor 1869 giltigen Grundsatz zurückgekehrt. Vgl. ob. § 26.

6) Da das Gericht einen Beschluss erlässt, in welchem beides, arrestatorium und inhibitorium enthalten ist und dem Drittschuldner wie Schuldner der „Beschluss" zuzustellen ist, so ist selbstverständlich, dass beide Teile nicht getrennt, d. h. das arrestat. dem Drittschuldner, das inhib. dem Schuldner, sondern dass der beide Teile enthaltende Beschluss beiden vollständig zugestellt wird.

7) RG. 8,419 vgl. § 15 Nr. 1 des Einf.-Ges. z. Konkursordg.

8) Seuffert, Gaupp zu § 730.

9) v. Wilmovski-Levy zu § 730.

10) Hellwig, S. 107.

11) Vgl. oben die Motive.

12) Und zwar sofort und unbedingt. Seuff., Arch. 45 Nr. 67, Gaupp.

festlegende Bestimmung durch die Kommission eingesetzt wurde (Abs. II). Diese Bestimmung, dass das durch die Pfändung erzeugte Pfandrecht dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht gewähre (§ 709 II), hat also, wie schon der Wortlaut sagt, lediglich den Zweck, die Wirkung des Pfandrechts „andern Gläubigern" gegenüber zu regeln: an der allgemeinen Prinzipalbestimmung des Abs. I ändert dies nichts, vielmehr bleibt bezüglich der übrigen Wirkungen des Pfandrechts nach wie vor das Landesrecht in Geltung, was durch die Trennung in Absätze übrigens auch äusserlich kenntlich gemacht ist.

Die Motive zu § 657 und 658 sagen:

„Auf das Pfand, welches durch den Akt der Pfändung konstituiert wird, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechtsnormen zur Anwendung. Da aber in den einzelnen Rechtsgebieten die Wirkung des Pfandrechts Dritten gegenüber verschieden geregelt ist, so erschienen einzelne Bestimmungen erforderlich, um dem § 658 die der Intention des Entwurfs entsprechende Ausführung zu sichern."[13])

Die für Bayern in Betracht kommenden Civilrechte: das bayr. Landrecht und das an dessen Stelle subsidiär tretende gemeine Recht[14]) sowie das preuss. LdR. bezeichnen aber als Wirkung des sog. Pfandrechts an einer Forderung die Befugnis für den Pfandgläubiger, die Forderung des Gläubiger-Schuldners für sich geltend zu machen mit der *actio utilis*. Vertragspfandrecht und Pfändungspfandrecht stehen nach der CPO. einander gleich, wie es oben bereits vom allgemeinen Standpunkt aus als Folge des natürlichen Rechtsbewusstseins vertreten wurde,[15]) so dass die RCPO. mit Aufstellung dieses Prinzips nur das natürliche Rechtsgefühl zur Geltung gebracht und „einfache klare, in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten ohne Schwierigkeit anwendbare Rechtssätze geschaffen hat."[16])

§ 30. Die Anwendung der hienach geregelten Pfändungsgrundsätze auf das Hyp.-Recht, resp. auf Hyp.-Forderungen ist nunmehr wesentlich vereinfacht.

In § 53II u. III Hyp.-Ges. ist die vertragsweise Verpfändung einer durch Hypothek versicherten Forderung zugelassen und sind derselben

---

13) RG. 29,244 f. Seuffert zu § 709 Anm. 2, Gaupp.
14) S. oben § 18; sowie l. 18 pr. dig. 13,7.
15) S. oben § 20, § 21 pr.
16) Motive zu § 658.

alle rechtlichen Wirkungen gewährt, welche nach § 25 und 26 aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches entspringen. Ist nun das in § 709 CPO. begründete Pfändungspfandrecht dem Vertragspfandrecht in seiner materiellrechtlichen Wirkung gleichgestellt, so ist die einfache und notwendige Folge, dass, wenn dieses Pfändungspfandrecht im Hyp.-Buch eingetragen wird, auch ihm diese Wirkungen, d. h. der Schutz der Oeffentlichkeit, zu Teil werden müssen.

Ob aber das Pfändungspfandrecht eingetragen werden soll, liegt nicht im Belieben des Gläubigers,[1]) sondern das Vollstreckungsgericht hat von Amtswegen die Eintragung zu veranlassen. Man sieht, es ist dem Pfändungspfandgläubiger mit dieser in Art. 125 des bayr. Ausführungsges. zur RCP. und KO. vom 23. Febr. 1879 unter Aufhebung des § 156 des Hyp.-Ges.[2]) getroffenen Bestimmung „dass das Vollstreckungsgericht die Eintragung der Pfändung im Hyp.-Buch von Amtswegen zu veranlassen hat,“
zu deren Einsetzung § 731 CPO. die Ermächtigung gibt, eine grössere Gewähr gegeben, dass sein Pfandrecht die nötige Sicherung erhalte, als dem Vertragspfandgläubiger. Es ist dies ebenfalls wieder die konsequente Durchführung der Garantien, welche der Staat demjenigen bieten muss, der zur Erhaltung, Wahrung und Verwirklichung seines Rechts mangels freiwilliger Anerkennung desselben die staatliche d. h. richterliche Hilfe in Anspruch nehmen muss; daraus erklärt sich auch die Vorschrift, dass die Pfändung als in sich abgeschlossenes, wenn auch nur interimistisch wirkendes Rechtsinstitut nicht mehr bloss „vorgemerkt,“ sondern „eingetragen“ wird.[3]) Auch mit dem Erfordernis der amtlichen Veranlassung der Einschreibung ist unser neuestes Pfändungsrecht zu dem vor der Prozessordnung von 1869 geltenden Recht zurückgekehrt.[4])

Diese aus den klaren Gesetzesbestimmuugen mit Notwendigkeit sich ergebenden einfachen Schlussfolgerungen finden aber gleichwohl Bekämpfung.[5]) Man sagt:[6]) Die Wirkungen des Vertragspfandrechts stünden dem Pfändungspfandrecht nur „im Verhältniss zu anderen Gläubigern“ zu, keineswegs in allen Fällen. Es fällt sofort in die Angen, dass mit dieser Behauptung die Entstehungsgeschichte des

1) Wie bei der freiw. Verpfändung, wo der Gläubiger ja die Nachteile der unterlassenen Eintragung resp. Vormerkung auf sich nehmen kann, wenn er will.

2) Durch Art. 235 Ziff. 10 Ausf.-Ges. z. CPO. u. K.O.

3) Vgl. oben § 26 u. 27 (§ 26 Anm. 5.)

4) S. oben § 26, während es in der Prozessordg. dem Gläubiger überlassen war. Art. 974II.

5) Seuffert, Komm. zu § 731 Anm. 1 und 736 Anm. 2c. Not.-Ztg. 1890 S. 19 ff.

6) Not.-Ztg. 1890, 19 f.

§ 709 und seine Intention vollständig ignoriert wird und genügt es hiewegen auf die alle Zweifel ausschliessende Erklärung der Motive[7]) hinzuweisen. Man beruft sich weiter auf die Motive zu § 124[8]) des bayr. Ausführungsgesetzes, wo es heisst:

> Die Eintragung sei notwendig „um einen späteren gutgläubigen Erwerb der Hyp.-Forderung auszuschliessen, welchem gegenüber die nicht eingetragene Pfändung nach dem Grundsatz der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches (§ 25 und 26) wirkungslos wäre,"

und schliesst, indem man sich an die Worte „den *späteren* Erwerb" klammert, dass damit gesagt sein wolle, *vorher* entstandene Einreden gegen den Exequendus müsse auch der Pfändungsgläubiger gegen sich gelten lassen, weil grundsätzliche Voraussetzung für den Erwerb des Pfandrechts sei, dass der gepfändete Gegenstand zur Zeit der Pfändung noch zum Vermögen des Schuldners gehöre.[9])

Das letztere wird im Allgemeinen mit Grund Niemand einfallen anzufechten; allein es wird dabei zunächst die Bedeutung und das Wesen des Grundsatzes der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches, wie nun schon des Oefteren zu konstatieren Gelegenheit war, vollständig verkannt insbesondere in seiner Wirkung gegenüber dem materiellen Recht. Das *habere* wird eben, wie oben[10]) hervorgehoben, im Hypothekenwesen Dritten gegenüber lediglich durch das öffentliche Buch ausgewiesen; ist dort ein Recht für den zu Pfändenden noch vorgetragen, so wird dasselbe, selbst entgegen der wirklichen Rechtslage, als dem Vermögen desselben noch zugehörig angesehen.

Wenn die Motive zu Art 124 b. Ausf. Ges. die Eintragung zum Schutz gegen einen *späteren* Erwerb für erforderlich halten, so will damit zunächst nur erklärt werden, warum man die Eintragung angeordnet hat. Jede Eintragung hat zunächst den Zweck, später etwa entstehende Ansprüche hintanzuhalten, weil bekanntlich die Nichteintragung eine Verfügung über die Forderung im Hyp. Buch nicht hindern könnte. Ihr *Zweck* ist also — und das wollen die Motive sagen — gegen sich die Wirkungen der Oeffentlichkeit auszuschliessen; nicht ihr Zweck ist es, die Geltendmachung vorher daran erworbener aber nicht eingetragener Rechte gegen sich auszuschliessen; daran denkt der Pfändungsgläubiger, denkt das Vollstreckungsgericht zunächst nicht und das wollten und sollten die Motive auch nicht sagen.

---

7) S. oben § 29. Anm. 12.
8) Jetzt Art. 125. Siehe Böhm, Komm. z. Ausf.-Ges.
9) RG. 4,111; 12,379. Wilmovski-Levy zu 709. Gaupp ebenda u. Anm.
10) Oben § 13, § 23 bei Anm. 6.

aber die selbstverständliche aus dem Wesen der Oeffentlichkeit des Buches wie aus der Natur der Sache sich ergebende Wirkung der Eintragung ist es, dass die Eintragung der Pfändung gegen die gepfändete Hyp.-Forderung in der Weise und in dem Umfang wirkt, als der Buchausweis, nicht die wirkliche Rechtslage, von der der gutgläubige Antragsteller weder etwas weiss noch zu wissen braucht, es möglich macht. Gerade aber weil dieser Ausweis die Forderung als frei und dem zu Pfändenden gehörig zeigt, ebendeshalb lässt der Gläubiger sie pfänden, und weil er sich auf den Ausweis verlassen kann, können muss und verlassen hat, kommt eine andere Rechtslage, die das Hyp.-Buch nicht zeigt, diesem Vertrauen gegenüber nicht in Betracht. Es kann Jemand im Vertrauen auf das Hyp.-Buch eine dort vorgetragene Forderung sich übertragen lassen und sie wird ihm so übertragen, wie sie dort vorgetragen ist[11]), auch wenn er den Uebergang nicht eintragen lässt, aber er kann eine weitere im Hyp.-Buch, d. h. durch Eintragung in dasselbe, erfolgende Verfügung über dieselbe nicht hindern. Letzteres ist der Zweck der Motivenstelle, ersteres die Wirkung der Eintragung, die als selbstverständlich in den Motiven keinen Ausdruck gefunden hat.

Wird übrigens von den Gegnern dieser Ansicht dem Vertragspfandgläubiger diese Wirkung der Oeffentlichkeit nach § 53III H. G. zugebilligt, so wäre es, da das Pfändungsrecht dem Konventionalpfandrecht nunmehr gleichgestellt, die Entgeltlichkeit gegeben ist[12]), nur konsequent, dies auch dem Pfändungsgläubiger zuzugestehen.

Das ist eben die Durchbrechung der materiellen Wahrheit durch die formelle Wahrheit des Hyp.-Buchs, die dem Einen wie dem Andern zukommt, und deshalb kann sich auf den Satz, *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, in diesem Fall nicht berufen werden, ein Beweis für den oben[13]) ausgesprochenen Grundsatz, dass das Civilrecht und das Prozessrecht Einwirkungen auf das Hypothekenrecht nur insoweit hervorbringen können, als es sich mit den Grundsätzen dieses Rechts verträgt.

Das Erfordernis der Pfändung und die Voraussetzung der Entstehung des Pfandrechts ist also allein die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner. Alle andern Vorschriften der Landesgesetze über den Erwerb eines Pfandrechts an Forderungen sind hiemit ausser Kraft gesetzt, insbesonders das Erfordernis der

11) Regelsberger, Lehrb. S. 152 u. 431.
12) S. oben § 22 Anm. 7.
13) Oben § 24.

Aushändigung der Schuldurkunde bei verbrieften Forderungen, das übrigens in Bayern ohnehin nicht aufgestellt ist.[14])

Auch den Zweifeln über die Rangordnung, wenn solche gegenüber dem Hyp.-Buch überhaupt auftauchen können[15]), hat die CPO. in § 709 ein Ende gemacht, indem sie dort in Abs. II dem Pfändungsgläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern ein Faustpfandrecht gibt, welches in der Konkursordnung § 41 seine Rangstellung erhalten hat.[16])

Uebrigens geniesst auch in Preussen, dessen im Landrecht enthaltenem Hyp.-Ges. unser Hyp.-Ges. ziemlich getreulich nachgebildet ist, der Pfändungspfandgläubiger den Schutz der Oeffentlichkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Zeit vor der Pfändung.[17])

§ 31. Es ist schliesslich noch einer vermittelnden Ansicht zu gedenken, welche Regelsberger aufgestellt und verteidigt hat,[1]) nach welcher bezüglich der Wirkung der Oeffentlichkeit zu unterscheiden wäre zwischen Ueberweisung zur Einziehung und Ueberweisung zur Zahlung und nur der letzteren als der exekutivischen Zuweisung in der Bedeutung einer Uebereignung der Schutz der Oeffentlichkeit zukomme, nicht aber der ersteren, mit welcher der Gläubiger nur ein Mittel zur Befriedigung erhalte, wobei der Exequendus Gläubiger bleibe.

Diese Unterscheidung kommt jedoch für die Behandlung unsrer Frage nicht in Betracht. Die Ueberweisung[2]) (in der Ger.-Ordg. von 1753 die Ermächtigung zur Einklagung resp. Bestätigung der Berechtigung, in der Prozess-Ordg. von 1869 die Einweisung in die Forderung, in der CPO. Ueberweisung) ist nur das Mittel zur thatsächlichen Durchführung des durch den Pfändungsakt begründeten Rechtes, nämlich der klageweisen Geltendmachung der gepfändeten Forderung.

---

14) Vgl. f. Bayern oben § 17, bei Anm. 5; für Preussen kann die Nichtaushändigung höchstens für Geltendmachung der Forderung in Betracht kommen. RG. 20,[illegible]. Gaupp, zu § 730 Note 19, § 731, Wilm.-Levy zu § 730. Selbstverständlich ist, dass wenn eine Urkunde Zubehör der Forderung ist, die Pfändung auch diese ergreift. RG. 7,[illegible].

15) Vgl. oben § 28.

16) Art. 140 b, Ausf.-Ges. v. 23. Febr. 1879. Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 98.

17) § 38 Abs. II Eig. Erw.-Ges. 5. Mai 1872, RG. 10,[illegible]; 25,[illegible] (damit entfällt die Berufung auf RG. 8,[illegible], 21,[illegible] und 7,[illegible], die nicht unrichtig angewendet werden dürfen. Wilm.-Levy zu § 736.

1) Bl. f. RA. § 22 S. 371 f. Lehrb. S. 428 f.

2) Ueber das Wesen der Ueberweisung und den Unterschied zwischen der z. Einziehung u. an Zahlungsstatt s. die Komm. zu § 736 CPO., RG. 21,[illegible] Sammlg. 13,[illegible], Seuff. Arch. 43 Nr. 249; über den Unterschied der Ersteren und der Einwsg. der Prozessordg. 1869, Hellwig S. 107.

Hier indessen handelt es sich um die Frage, welches Recht der Pfändungsgläubiger durch den Pfändungsakt selbst erlangt, welche Stellung er während des Vorstadiums der definitiven Ueberweisung, von der Pfändung bis zu der Durchführung, einnimmt, in der Zeit also, wo der Schuldner noch befreiend zahlen kann.

Die RCPO. und die alte bayr. Ger.-Ordg. stehen hier wiederum ziemlich auf dem gleichen Standpunkt, während für die bayr. Prozess-Ordg., wo nach Art. 980 Anerkennung des Arrests und Einweisung zusammenfallen, letztere noch eine grössere Bedeutung hat insofern, als sich hiermit erst das Gericht mit der Sache befasst, indess bis dahin der Gläubiger selbständig vorging (Art. 972). Deshalb hat dort die Einweisung thatsächlich eine mehr konstituierende Wirkung. In der CPO. aber, (und ganz ähnlich in der Ger.-Ordg.) wird der Ueberweisung, die nach § 736 allerdings zur Pfändung hinzukommen muss, die konstitutive Wirkung nicht erteilt: denn das Recht, die Forderung, wenn sie nicht bezahlt wird, einzuziehen, ist bereits durch die Pfändung resp. in dem durch sie geschaffenen Pfandrecht begründet; und deshalb hat die Ueberweisung diese aus dem Begriff des Pfandrechts von selbst sich ergebende Befugnis lediglich zu konstatieren, den Gläubiger nur zu legitimieren (in der Ger.-Ordg. bestätigen) und das ist lediglich „deklarativisch,“[3]) wie § 737 Abs. I beweist.

Auf die Rechte selbst — und das ist für die drei Prozessordnungen völlig gleich —, welche durch die Pfändung entstehen und bis zur Ueberweisung bestehen, hat jene Unterscheidung keinerlei Bezug und Einfluss.

Hiezu dient auch die Bestimmung des § 157 H.-G. wonach der Hypothekschuldner, dem durch das Hyp.-Amt eine in der Person des Gläubigers vorgegangene Veränderung mitgeteilt worden ist, sich in seinen Zahlungen danach zu achten hat. Dies kann nicht anders verstanden werden, als dass er nach Analogie des § 5311, welche der Prozess-Ordg. nicht entgegensteht, nicht nur nicht an den Gläubigerschuldner zahlt (§ 730 I.) sondern dass er, wenn er zahlen will, an den Pfändungsgläubiger, die „Zuziehung des Gepfändeten“ vorausgesetzt, zahlen kann. Thut er dies, so wird die weitere Vollstreckung gehemmt, wie die Ueberweisung überhaupt nicht die notwendige Folge der Pfändung ist, indem das Gericht auf Antrag auch eine andre Art der Verwertung anordnen kann (§ 743).

---

3) Hellwig, S. 115.

III. Schluss-Resultat.

So gelangt man denn auf Grund der vorstehenden Ausführungen zu folgendem Schlussergebnis:

Durch die Pfändung, erzeuge sie Pfandrecht oder sei sie nur Beschlagnahme einer Forderung, wird eine Aenderung in der Person des Gläubigers derselben hervorgerufen, indem das durch die Pfändung erworbene Recht die gesicherte Anwartschaft gibt, die Forderung seinerzeit, bei Nichtzahlung, klagend geltend zu machen.

Die Pfändung steht deshalb, wenn es sich um eine Hyp.-Forderung handelt, in Verbindung mit dem Hyp.-Wesen, sie ist eine entgeltliche Handlung und eine im Vertrauen auf das Hyp.-Buch vorgenommene Handlung und geniesst also ebenso wie das Vertragspfandrecht die Oeffentlichkeit des Buches nicht nur so, dass von ihrer Einschreibung an der Gläubiger in seiner Beziehung zu der Hypothek-Forderung geschützt ist, sondern auch so, dass er auch vor der Pfändung gegen den Gläubigerschuldner entstandene Einreden gegen sich nicht gelten lassen muss, wenn sie aus dem Hyp.-Buch nicht ersichtlich sind.

Damit also beantwortet sich die dieser Abhandlung zu Grunde gelegte Frage bejahend.

Es wird nun auch ersichtlich sein, wie notwendig es war, mit Rücksicht auf die bis heute noch aufrecht erhaltene Gegnerschaft gegen dieses Resultat, der Behandlung des Oeffentlichkeitsprinzips, welches allein es ist, das die prozessrechtlichen Sätze in ihrer Anwendung auf das Hyp.-Recht so stark beeinflusst (nicht aber umgekehrt), einen breiteren Raum zu gewähren und seine Begriffsbestimmung und Bedeutung aus seiner Geschichte heraus vor Allem sicherzustellen.

Anhang.[1]

Die gegenwärtig in Gang befindlichen Vorarbeiten zur Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich legen es nahe, eine kurze Betrachtung des Rechtszustandes folgen zu lassen, welcher mit Bezug auf die behandelte Frage durch das B.G.B., soweit sich dies nach dem noch nicht mit Gesetzeskraft ausgestatteten Entwurf beurteilen lässt, geschaffen werden wird, nicht jedoch um der Betrachtung dieses Rechtzustandes allein willen, sondern weil sich in den Bestimmungen des B.G.B. manche Punkte schärfer hervorgehoben finden, als in unserem Hyp.-Ges. und deshalb ebenfalls zur Erläuterung des letzteren dienlich sein können.

Der Entwurf lässt zweierlei dingliche Rechte an Grundstücken zu:
Das Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek) § 1062–1134 und
die Grundschuld (§ 1135–1144)

und teilt die Hypothek ein in

Hypothek ohne Hypothekenbrief § 1062—1105,
Hypothek mit Hypothekenbrief § 1106—1124.
Sicherheitshypothek § 1125—1134.

Die letztere, unsre jetzige Zwangshypothek (Art 40 Nov. z. Subhast.-Ordnung v. 29. Mai 1886) kann hier ausser Betracht bleiben.

§ 33. Die Hypothek o h n e Hypothekenbrief, welche von den Motiven (III S. 618) als der Regelfall bezeichnet wird, entspricht vollständig der Hypothek des bayr. Rechts: die Hypothek, d. h. das Recht, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus einem Grundstück zu verlangen (§ 1062)[1]), entsteht und besteht durch die Eintragung im öffentlichen Buch (Buchhypothek) (§ 828 § 837)[2]) und setzt

---

1) Vgl. Not.-Ztg. 1892 S. 100 f. (Tröger.)
1) Vgl. § 1, § 9, § 51, § 54 HG.
2) § 1, § 9, § 21 HG.

als accessorisches Recht eine bestimmte, wenn auch bedingte oder künftige Forderung voraus (§ 1062)[3]; und zwar ist nicht bloss eine Uebertragung des Hyp.-Rechts ohne Forderung, sondern auch der Forderung ohne das Hyp.-Recht ausdrücklich untersagt (§ 1086)[4].

Die Folge der Eintragung der Hypothek und der Rechte an derselben ist die Vermutung, dass der, für welchen ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte in das Grundbuch eingetragen ist, das Recht erworben habe, und dass ein Recht, dessen Erlöschen in das Grundbuch eingetragen ist, aufgehoben sei (§ 828) und der weitere Grundsatz, dass bei dem, sei es durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung sich vollziehenden Erwerb eines Rechts an einem Grundstück zu Gunsten des Erwerbers der Inhalt des Grundbuchs, wie er zur Zeit des Erwerbs des Rechtes besteht, als richtig gilt. (§ 837): Das ist der Grundsatz der materiellen Oeffentlichkeit des Grundbuchs, wie er in § 25 und 26 des Hyp.-Ges. ebenfalls statuiert ist[5], der für das B.G.B. durch die in Anm. 1 zu § 837 in Aussicht gestellte Bestimmung der einzuführenden Grundbuchordnung

„dass die Grundbuchämter verpflichtet seien, die Einsicht der Grundbücher und der dazu gehörigen Akten jedem Beteiligten zu gestatten",

nach der Seite der formellen Oeffentlichkeit (vgl. § 24 Hyp.-Ges.) ergänzt wird, so dass die Oeffentlichkeit auch nach künftigem Recht den Sinn hat, dass das Grundbuch von jedem Beteiligten nicht bloss eingesehen werden kann, sondern auch eingesehen werden muss (Motive III S. 212e).

Wie das bayr. Hyp.-Ges. verlangt auch das B.G.B. den guten Glauben als Voraussetzung für den Schutz der Oeffentlichkeit und bestimmt dieselbe negativ[6] dahin:

§ 837 Abs. II: „Die Vorschriften des Absatz I finden keine Anwendung, wenn der Erwerber zu der angegebenen Zeit die Thatsachen gekannt hat, aus welchen sich die Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage ergibt."

---

3) § 2 HG., Gönner, I S. 113 u. Anm.

4) Das erstere ist auch bei uns verboten, das letztere aber möglich. Samml. 1,5, Not.-Ztg. 1882 S. 3, 17. Der österr. oberste Gerichtshof (4. Nov. 1869 H. 8058) hat entschieden, dass ein Pfandrecht als ein im Verkehr stehendes Recht mit und ohne Forderung übertragen werden könne. Exner, S. 68.

5) Vgl. preuss. LdR. I 20 § 410, 422 f., 522 f. RG. 10,255 als Modifikation der § 511, 295 LdR.

6) S. oben § 11 Nr. 1; die dort begründete Ansicht findet hierdurch ihre Bestätigung.

Das Erfordernis des Vertrauens auf die Zuverlässigkeit der „Buchnachrichten“ wird besonders nicht aufgestellt, vielmehr abgeleitet aus dem Erfordernis des guten Glaubens.[7]) Die Motive (Bd. III S. 213) fassen dies folgendermassen:

> e. Hat das Grundbuch die Bestimmung, die für den Rechtsverkehr erforderlichen Nachrichten über die Rechte an Grund und Boden zu geben, so folgt von selbst, dass diese Nachrichten lediglich um deswillen, weil sie in dem Buche stehen, geeignet sind, die Ueberzeugung von der Richtigkeit ihres Inhaltes in Jedem hervorzurufen, für den sie ein Interesse haben. Wenn daher Jemand bei einem dinglichen Erwerbsgeschäft das Grundbuch für sich hat, so muss von ihm angenommen werden, dass er im Glauben an die Richtigkeit der Nachrichten des Buches auf das Geschäft sich eingelassen hat.
>
> Den Anforderungen der Rechtsmoral wird dadurch genügt, dass die Berufung auf den öffentl. Glauben demjenigen versagt wird, der die Thatsachen gekannt hat, aus denen sich die Unrichtigkeit des Buchinhaltes ergibt.“
>
> f. Die Täuschung, welche der Grundsatz des öff. Glaubens verhindern soll, muss in dem Buche selbst ihren Grund haben.“

Eine Aenderung aber hat das BGB. eingeführt bezüglich des Requisits der Entgeltlichkeit: eine Aenderung für das bayr. Recht nämlich, indem sie dieses Erfordernis ganz beseitigt: in Uebereinstimmung mit mehreren Partikular-Rechten.[8]) Der Begründung, welche die Motive, (III S. 618) hiezu geben, kann man füglich nicht widersprechen, wenn sie die Rücksicht auf den Immobiliarverkehr und dessen gleichheitliche Gestaltung und sichere Begründung in erste Linie stellen und sagen:

> „Wenn dieser Verkehr auf eine sichere Grundlage gestellt werden soll, so darf das vorschriftsmässig errichtete und vollzogene Erwerbsgeschäft nicht durch die Behauptung eines Dritten dass der Erwerb ohne Entgeltlichkeit erfolgt sei, in Frage gezogen werden. Die Berücksichtigung einer solchen Behauptung würde den Erwerber der Gefahr aussetzen, durch frivole und chikanöse Angriffe in dem ruhigen Genuss des entgeltlich erworbenen Rechtes gestört zu werden.“[9])

---

7) Vgl. oben § 12,[6] wo das Nebeneinanderstehen des „Vertrauens“ u. „guten Glaubens“ als überflüssige Häufung bezeichnet ist, § 11 zu Anm. 4.

8) Die Motive III S. 618 führen an das mecklenb. Ges., hamb. Ges. § 3, sächs. Ges.-Buch § 278, 429, die Ges. v. Altenburg und Reuss. § 20, 21.

9) Diese Ansicht wurde oben bereits ausgesprochen. § 11,[2] Anm. 9.

Zur Uebertragung des Eigentums, sowie zur Begründung, Uebertragung oder Belastung eines andern Rechts an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schliessender Vertrag und Eintragung ins Grundbuch erforderlich[10] (§ 823.) Die Eintragungsbewilligung sowie deren Annahme wird durch ein Urteil nach Maassgabe in § 779 CPO. ersetzt (§ 833). Mit dem Antrag auf Eintragung müssen die betr. Urkunden vorgelegt werden, soweit nicht die bezüglichen Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben werden können.

Ist dieses Erfordernis erfüllt, die Eintragung vollzogen, so geniesst die Uebertragung der Forderung wie ihre Belastung den Schutz des öffentlichen Glaubens (§ 1087). Der Uebertragung gleich geachtet aber wird die Begründung eines Pfandrechts an einem Rechte und es haben deshalb auf diese wie auf das Rechtsverhältnis, welches durch die Begründung des Pfandrechts zwischen dem Pfandgläubiger und dem Vermögen des zu einer Leistung verpflichteten Dritten entsteht, die Vorschriften, welche im Falle der Uebertragung jenes Rechtes gelten, entsprechende Anwendung zu finden (§ 1208)[11]. Aus dieser Bestimmung in Verbindung mit § 833 und dann § 709I CPO. liesse sich ohne Weiteres der Schluss ziehen, dass die Pfändung die gleiche Wirkung äussere, da sie Pfandrecht erzeugt.[12] „Die Rücksicht auf die Wahrung des Zusammenhangs und die leichtere praktische Handhabuug der CPO.“[12] haben dazu geführt, in Art. 11 des Entwurfs des Einführungsgesetzes zum BGB. dem § 731 CPO. die Fassung zu geben

> „Zur Pfändung der durch eine Hypothek gesicherten Forderung ist ausser dem Pfändungsbeschlusse und der Zustellung desselben an den Drittschuldner die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich,“

wodurch auch allen Zweifeln bezüglich dieser Frage vorgebeugt ist.

Die Aufnahme des Oeffentlichkeitsgrundsatzes hat natürlich auch die Einsetzung einer Bestimmung nötig gemacht, wonach derjenige, welcher durch denselben den Verlust eines Rechts erleidet, von dem, welcher unberechtigt verfügt hat oder an welchen eine ihm nicht gebührende Leistung erfolgt ist, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern könne (§ 893)[13]. Desgleichen ist die Möglich-

---

10) Vgl. Art. 14, 15. Not.-Ges. und § 40 und 60 d. Landtagsabschiedes vom 14. April 1869, oben § 27 Anm. 1.

11) Für Ersatz unseres § 53II, III.

12) Motive zu Art. 11 des Entwurfes eines Einführungsges. z. bürg. Ges.-B.

13) Vgl. § 25III Hyp.-Ges. § 50, 111 und oben § 13 Anm. 4.

keit eines zur Erhaltung eines Rechtes auf Eintragung eines bestehenden Rechtes an einem Grundstück oder auf Löschung eines aufgehobenen Rechtes dienenden „Widerspruchs“ im Grundbuch gegeben, (§ 844), welche in Form einer „Vormerkung“ auf Grund einer Anordnung des Gerichts geschieht (§ 845). Damit wird die nicht sehr einheitliche Vormerkung und Protestation unsres Rechts beseitigt.

§ 34. Neben dieser Buchhypothek kennt nun das BGB auch die Briefhypothek, d. h. eine Hypothek, welche besteht in und durch den Hypothekenbrief, deren Träger der Hypothekenbrief ist, welcher untrennbar mit dem Hyp.-Recht verbunden ist (§ 1109.) Zu der Ausstellung und Aushändigung des Briefes muss auch hier die Eintragung im Grundbuch treten, wenn auch die Berufung des Hyp.-Gläubigers auf diesen Eintrag, ohne dass er den Brief in Händen hat, unbehelflich ist (§ 1110). Im Grundbuch muss diese Hypothek ausdrücklich als Briefhypothek bezeichnet sein: denn — und das ist der einschneidende Unterschied von der Buch-Hyp. — die Uebertragung des Rechts. Abtretung des Rechts aus der Brief-Hyp. bedarf des Eintrags im Grundbuch nicht, sondern erfolgt durch Abtretungsvertrag[1]) und Uebergabe des Hyp.-Briefs (§ 1112). Der Inhaber des Hyp.-Briefs ist legitimiert durch eine zusammenhängende, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen oder Ueberweisungsbeschlüssen, und auf Grund dieser Legitimation hat seine oder eine gegen ihn sich richtende gerichtliche Verfügung über die Forderung in Ansehung des Anspruchs aus der Forderung dieselben Wirkungen, wie wenn er als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen gewesen wäre (§ 1114).

Die Konstituierung der Hypothek geschieht also nach wie vor im Hypothekenbuch, aber die Uebertragung erfolgt durch und in dem Hypothekenbrief. Dieser ersetzt also mit den in ihm enthaltenen Vermerken über Abtretung u. s. w. das öff. Buch, soferne das darin Enthaltene in Anwendung der Bestimmungen über den öffentlichen Glauben als dem Erwerber des Rechtes bekannt gilt. (§ 1116.) Dementsprechend geschieht auch die Pfändung einer Briefhypothekforderung nach der in Art. 11 des Entwurfs eines Einführungsges. zum B.G.B. vorgeschlagenen Fassung des § 731 CPO. durch Wegnahme des Hyp.-Briefes und Uebergabe an den Gläubiger.

Es ist nicht in Abrede zu stellen, dass durch diese Art des Hypothekenverkehrs, wenigstens zu Gunsten des kreditsuchenden Briefinhabers, eine grössere Beweglichkeit desselben ermöglicht wird;

1) Die Erklärung des bisherigen Gläubigers muss gerichtlich oder notariell beglaubigt sein, § 1112.

andererseits aber ist nicht abzusehen, wie andre Interessenten, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgehen wollen, sich über das Vermögen ihres Schuldners Aufklärung verschaffen können, wenn sie nicht von dem im Grundbuch verzeichneten ersten Gläubiger an die ganze Reihe Mann für Mann durchforschen wollen, um zu dem dermaligen Inhaber zu gelangen, der dann schliesslich vielleicht gar nicht ihr Schuldner ist.

Es ist übrigens auch Vorsorge getroffen, dass die Briefhypothek durch Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger in eine Buchhypothek verwandelt und die Uebertragung der Forderung auf Antrag des neuen Gläubigers im Grundbuch eingetragen wird. (§ 1107, 1115)

Der Vorzug vor beiden Systemen ist zweifellos, in Rücksicht auf den zuletzt beregten Mangel der Briefhypothek, der Buchhypothek zu geben, weil das Buch jedem Beteiligten offen steht und daher die Nachforschung nach dem derzeitigen Inhaber der Forderung ungleich einfacher ist.

Für Bayern aber wird die Buchhypothek voraussichtlich um so eher den Vorzug erhalten, weil dieselbe an dem bisherigen Rechte in Bayern so ziemlich nichts ändert, wo sie aber etwas ändert, wie gezeigt, dies nur zur Festigung des Immobiliarverkehrs und zur Klarstellung bisher strittiger Punkte, also zur einheitlichen Gestaltung des Rechts dient, insbesondere aber das mit der Buch-Hyp. verbundene, dem Realkredit so wohlthätige Grundprinzip des bayr. Rechts in Geltung lässt:

Das Oeffentlichkeitsprinzip.